

**Die Problematik der Teilnahme an den
Tötungsdelikten unter Berücksichtigung
der neueren Entwürfe**

Rainer Teske

1974



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551924_0080

Die Problematik der Teilnahme an den
Tötungsdelikten unter Berücksichtigung
der neueren Entwürfe

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der
Ludwig-Maximilians-Universität
zu
München



vorgelegt von

Rainer Teske

München

1974



Referent: Professor Dr. Dr. h.c. Arthur Kaufmann
Korreferent: Professor Dr. Paul Bockelmann

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Februar 1974

MEINER FRAU

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A. DAS PROBLEM	1
B. DIE HISTORISCHE ENTWICKLUNG IN GESETZGEBUNG, RECHTSPRECHUNG UND LITERATUR	4
I. DIE ZEIT VOR DEM REICHSSTRAFGESETZBUCH	4
II. DIE ENTWICKLUNG UNTER DER GELTUNG DES REICHSSTRAFGESETZBUCHES	6
1. Die Entstehungsgeschichte des § 50 StGB	6
2. Was waren persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse	7
3. Das Merkmal der "Überlegung" in § 211 StGB a. F.	10
4. Die Neufassung der §§ 211, 212 StGB im Jahre 1941	11
a) Die Lehre vom Tätertyp	11
b) Das Verhältnis von § 211 zu § 212 StGB n. F.	12
5. Die Neufassung des § 50 StGB im Jahre 1943	13
6. Die abermalige Neufassung des § 50 StGB im Jahre 1968	14
7. Die Änderung im Rahmen der allgemeinen Straf- rechtsreform	16
C. DAS VERSTÄNDNIS DES § 50 STGB IN DER NEUEREN LEHRE UND RECHTSPRECHUNG	18
I. DAS VERHÄLTNIS DER LIMITIERTEN AKZESSORIETÄT ZUR REGELUNG DER BESONDEREN PERSÖNLICHEN MERKMALE	18
II. DIE DEFINITION DER BESONDEREN PERSÖNLICHEN MERKMALE IN DER NEUEREN LITERATUR UND RECHTSPRECHUNG	19
1. Die Rechtsnatur der besonderen persönlichen Merkmale	20
a) Schuldmerkmale	20
b) Unrechtsmerkmale	21
c) Schuld- und Unrechtsmerkmale	22

2. Die konkrete Abgrenzung der besonderen persönlichen Merkmale	24
a) Abgrenzung vom geschützten Rechtsgut her	24
b) Tatbezogene und täterbezogene Merkmale	26
3. Die neuere Rechtsprechung	27
D. DIE MORDMERKMALE SOWIE DIE §§ 216, 217 STGB IN DER NEUEREN LITERATUR UND RECHTSPRECHUNG	31
I. DIE RECHTSNATUR DER EINZELNEN MERKMALE	31
II. DIE KONKRETE EINORDNUNG DER EINZELNEN MERKMALE	33
1. Die Mordmerkmale (§ 211 Abs. 2 StGB)	34
a) Die "Motivmerkmale" der ersten Gruppe	34
b) Die "Begehungsmerkmale" der zweiten Gruppe	37
c) Die "Absichtsmerkmale" der dritten Gruppe	40
2. Die Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)	41
3. Die Kindestötung (§ 217 StGB)	42
E. DEFINITION DER BESONDEREN PERSÖNLICHEN MERKMALE VON DER STRUKTUR DER VORSÄTZLICHEN STRAFTAT HER	43
I. DIE NOTWENDIGKEIT EINER NEUEN BEGRIFFSBESTIMMUNG	43
II. DIE FINAL-KAUSALE GRUNDSTRUKTUR DER VORSÄTZLICHEN STRAFTAT	45
1. Merkmale, die nicht die final-kausale Grundstruktur beschreiben und auch nicht tatbestandlich sind	46
2. Merkmale, die nicht die final-kausale Grundstruktur beschreiben, die aber tatbestandlich sind	47
a) Die besonderen subjektiv persönlichen Merkmale	50
b) Die besonderen objektiv persönlichen Merkmale	54
c) Mischformen	55
3. Tatbestandsmerkmale, die nicht ausschließlich die final-kausale Grundstruktur beschreiben	57
F. DIE BESONDEREN PERSÖNLICHEN MERKMALE DER VORSÄTZLICHEN TÖTUNGSDELIKTE IM GELTENDEN RECHT, IM ENTWURF 1962 UND IM ALTERNATIV-ENTWURF	60
I. DAS GELTENDE RECHT	60
1. Die Mordmerkmale (§ 211 Abs. 2 StGB)	60

a) Die "Motivmerkmale" der ersten Gruppe	60
b) Die "Begehungsmerkmale" der zweiten Gruppe	63
c) Die "Absichtsmerkmale" der dritten Gruppe	66
2. Die Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)	67
3. Die Kindestötung (§ 217 StGB)	68
II. DER ENTWURF 1962	69
1. Der Totschlag (§ 134 E 62)	69
a) Die "psychischen Merkmale" des § 134 Abs. 2 E 62	69
b) Die "Motivmerkmale" des § 134 Abs. 3 E 62	70
2. Die Mordmerkmale (§ 135 E 62)	71
a) Die "Motiv- und Absichtsmerkmale" des § 135 Abs. 1 E 62	71
b) Die "Überlegung" des § 135 Abs. 2 Satz 1 E 62	71
3. Kindestötung (§ 136 E 62) und Tötung auf Verlangen (§ 137 E 62)	72
III. DER ALTERNATIV-ENTWURF	73
1. Die Vorsätzliche Tötung (§ 100 AE)	73
a) Die "Begehungsmerkmale" des § 100 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 AE	73
b) Die "subjektiven Unrechtsmerkmale" des § 100 Abs. 2 Nr. 4 und 5 AE	74
c) Die "objektivierten Schuldmerkmale" des § 100 Abs. 3 Nr. 1 und 2 AE	76
2. Die Tötung auf Verlangen (§ 101 AE)	78
G. DIE SYSTEMATIK DER VORSÄTZLICHEN TÖTUNGSDELIKTE IM GELTENDEN RECHT, IM ENTWURF 1962 UND IM ALTERNATIV-ENTWURF	79
I. DAS GELTENDE RECHT	79
1. Die §§ 211, 212, 213 StGB	80
a) Einheitlicher Tatbestand der vorsätzlichen Tötung	80
b) Mord als eigenständiges Delikt	82
c) Totschlag als Grundtatbestand	85
2. Die §§ 216, 217 StGB	87
II. DER ENTWURF 1962	91
III. DER ALTERNATIV-ENTWURF	92

H. DIE STRAFBARKEIT DER BETEILIGTEN AN DEN EINZELNEN VORSÄTZLICHEN TÖTUNGSDELIKTEN IM GELTENDEN RECHT, IM ENTWURF 1962 UND IM ALTERNATIV-ENTWURF	94
I. EIN QUALIFIZIERENDES MERKMAL WIRD NUR VON EINEM BETEILIGTEN VERWIRKLICHT	95
1. Nur der Täter verwirklicht ein qualifizierendes Merkmal	95
a) Ein qualifizierendes besonderes persönliches Merkmal	95
b) Ein qualifizierendes sachliches Merkmal	96
c) Ein qualifizierendes Merkmal mit Doppelcharakter	97
2. Nur der Teilnehmer verwirklicht ein qualifizierendes Merkmal	99
a) Ein qualifizierendes besonderes persönliches Merkmal	99
b) Ein qualifizierendes sachliches Merkmal	100
c) Ein qualifizierendes Merkmal mit Doppelcharakter	101
II. VON DEN BETEILIGTEN WERDEN VERSCHIEDENE QUALIFIZIERENDE MERKMALE VERWIRKLICHT	102
1. Die Beteiligten verwirklichen verschiedene qualifizierende besondere persönliche Merkmale	102
2. Der Täter verwirklicht ein qualifizierendes sachliches, der Teilnehmer ein qualifizierendes besonderes persönliches Merkmal	104
III. EIN PRIVILEGIERENDES MERKMAL WIRD NUR VON EINEM BETEILIGTEN VERWIRKLICHT	105
1. Nur der Täter verwirklicht ein privilegierendes Merkmal	105
2. Nur der Teilnehmer verwirklicht ein privilegiertes Merkmal	109
IV. VON DEN BETEILIGTEN WERDEN VERSCHIEDENE PRIVILEGIERENDE MERKMALE VERWIRKLICHT	111
V. EIN BETEILIGTER VERWIRKLICHT QUALIFIZIERENDE, EIN ANDERER PRIVILEGIERENDE MERKMALE	113
1. Der Täter verwirklicht qualifizierende, der Teilnehmer privilegierende Merkmale	113
a) Es handelt sich jeweils um besondere persönliche Merkmale	113

b) Der Täter verwirklicht ein qualifizierendes sachliches, der Teilnehmer ein privilegierendes besonderes persönliches Merkmal	115
2. Der Täter verwirklicht privilegierende, der Teilnehmer qualifizierende Merkmale	117
a) Es handelt sich jeweils um besondere persönliche Merkmale	117
b) Der Täter verwirklicht ein privilegierendes sachliches, der Teilnehmer ein qualifizierendes besonderes persönliches Merkmal	119
VI. EIN BETEILIGER VERWIRKLICHT QUALIFIZIERENDE UND PRIVILEGIERENDE MERKMALE	119
1. Der Täter verwirklicht qualifizierende und privilegierende besondere persönliche Merkmale	119
a) Der Teilnehmer verwirklicht kein besonderes persönliches Merkmal	121
b) Der Teilnehmer verwirklicht nur qualifizierende besondere persönliche Merkmale	122
c) Der Teilnehmer verwirklicht nur privilegierende besondere persönliche Merkmale	123
2. Der Täter verwirklicht qualifizierende sachliche und privilegierende besondere persönliche Merkmale	124
a) Der Teilnehmer verwirklicht kein besonderes persönliches Merkmal	125
b) Der Teilnehmer verwirklicht nur qualifizierende besondere persönliche Merkmale	125
c) Der Teilnehmer verwirklicht nur privilegierende besondere persönliche Merkmale	126
3. Der Täter verwirklicht privilegierende sachliche und sonstige strafmodifizierende Merkmale	127
4. Nur der Teilnehmer verwirklicht qualifizierende und privilegierende besondere persönliche Merkmale	128
I. ZUSAMMENFASSUNG	130
ANHANG	132
ENTWURF 1962 (Auszug)	132
ALTERNATIV-ENTWURF (Auszug)	133
Lebenslauf	135

LITERATURVERZEICHNIS

- BAUMANN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl.,
Jürgen Bielefeld 1968; Zitierweise: AT
- BELING, Grundzüge des Strafrechts, 3. Aufl.,
Ernst Tübingen 1905; Zitierweise: Grundzüge
- derselbe Die Lehre vom Verbrechen,
Tübingen 1906
- BINDING Grundriß des Deutschen Strafrechts,
Karl Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Leipzig 1907
- BLAUTH, "Handeln für einen anderen" nach geltendem
Peter und kommandem Strafrecht, Heidelberger
Rechtswissenschaftliche Abhandlungen,
Neue Folge, 22. Abhandlung, 1968
- CLASS, Zum Verhältnis des § 211 zu § 50 StGB,
Wilhelm NJW 49, 83
- DREHER, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und
Eduard Verordnungen, 33. Aufl., München 1972
- derselbe Anm. zum BGH-Urteil vom 15. 7. 1969
(BGHSt. 23, 39) in JR 70, 146
- ENGISCH, Zum Begriff des Mordes, GA 55, 161
Karl
- FIGGE Anm. zum Urteil des Oberlandesgerichts
Braunschweig vom 1. 11. 1947 in MDR 48, 184
- FINGER, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
August 1. Band, Berlin 1904
- FRANK, Das StGB für das Deutsche Reich, 18. Aufl.,
Reinhard Tübingen 1931
- FREISLER, Gedanken über das Gesetz zur Änderung des
Roland Reichsstrafgesetzbuches, DJ 41, 929
- GALLAS, Die moderne Entwicklung der Begriffe
Wilhelm Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht,
Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen
Strafrechtskongreß in Athen, Sonderheft
der ZStW, Berlin 1957;
Zitierweise: Sonderheft
- derselbe in Niederschriften S. 72 f.

- GEPPERT,
Klaus Zur Problematik des § 50 Abs. 2 StGB
im Rahmen der Teilnahme am unechten
Unterlassungsdelikt, ZStW 82, 40
- GERLAND,
Heinrich Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl.,
Berlin und Leipzig 1932
- HÄLSCHNER,
Hugo Das gemeine deutsche Strafrecht,
1. Band, Bonn 1881
- HANACK,
Ernst-Walter Delikte gegen die Person im Alternativ-
Entwurf, ZRP 70, 132
- HASSEMER,
Winfried Die Mordmerkmale, insbesondere
"heimtückisch" und "niedrige Beweg-
gründe" - BGHSt. 23, 119, JuS 71, 626
- HERGT,
Raimund Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen,
Heidelberg 1909
- JACOBS,
Günther Niedrige Beweggründe beim Mord und die
besonderen persönlichen Merkmale in § 50
Abs. 2 und 3 StGB, NJW 69, 489
- JESCHECK,
Hans-Heinrich Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil,
2. Aufl., Berlin 1972;
Zitierweise: AT
- KAUFMANN,
Arthur Die ontologische Struktur der Handlung,
Skizze einer personalen Handlungslehre,
Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin 1966
S. 79 ff.; Zitierweise: Struktur
- derselbe Zur Lehre von den negativen Tatbestands-
merkmalen, JZ 54, 653
- derselbe Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und
Irrtum, JZ 56, 353
- KIRN,
Michael Heißes Eisen kalt geschmiedet,
ZRP 69, 124
- KOFFKA,
Else Ist § 50 Abs. 2 StGB n. F. auf den
Gehilfen anwendbar, wenn der Haupttäter
aus dem Gehilfen bekannten niedrigen
Beweggründen tötet, die beim Gehilfen
fehlen?, JR 69, 41
- KOHLRAUSCH-
LANGE Strafgesetzbuch, 43. Aufl., Berlin 1961
- KREY,
Volker Grundfälle zu den Straftaten gegen das
Leben, JuS 71, 86

- LANGE,
Richard Die Schuld des Teilnehmers, insbesondere
bei Tötungs- und Wirtschaftsverbrechen,
JR 49, 165
- v. LISZT,
Franz Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 16.
und 17. Aufl., Berlin 1908
- MAIHOFFER,
Werner Der soziale Handlungsbegriff, Festschrift
für Eb. Schmidt, Göttingen 1961, S. 156 ff.
- MAURACH,
Reinhart Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,
3. Aufl., Karlsruhe 1965;
Zitierweise: AT (1965)
sowie 4. Aufl., Karlsruhe 1971;
Zitierweise: AT
- derselbe Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil,
5. Aufl., Karlsruhe 1969;
Zitierweise: BT
- derselbe Die Mordmerkmale aus der Sicht des
§ 50 StGB, JuS 69, 249
- MEYER-
ALLFELD Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
7. Aufl., Leipzig 1912
- MEZGER-BLEI Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl.,
München 1970; Zitierweise: Strafrecht I
- dieselben Strafrecht II, Besonderer Teil, 9. Aufl.,
München und Berlin 1966; Zitierweise:
Strafrecht II
- OLSHAUSEN,
Justus Kommentar zum StGB für das Deutsche Reich,
10. Aufl., 1. Band, Berlin 1916
- OPPENHOFF,
F. C. Die Rechtsprechung des Königlichen Ober-
Tribunals in Straf-Sachen, Erster Band,
Berlin 1861
- PETTERS-
PREISENDANZ Strafgesetzbuch, 27. Aufl., Berlin 1971
- PIOTET,
Paul Systematik der Verbrechensmerkmale und
Teilnahmelehre, ZStW 69, 14
- RADBRUCH,
Gustav Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung
für das Strafrechtssystem, Berlin 1904
- REDSLOB,
Robert Die persönlichen Eigenschaften und
Verhältnisse, Strafrechtliche Ab-
handlungen Heft 97, 1909

- ROSSHIRT,
C. F. Beiträge zur Lehre von der Anstiftung
zum Verbrechen, Archiv des Criminalrechts,
Neue Folge, Jahrgang 1851, S. 498 ff.
- ROXIN,
Claus Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl.,
Hamburg 1967
- derselbe Zur Kritik der finalen Handlungslehre,
ZStW 74, 515, Zitierweise: Kritik
- SCHMIDHÄUSER,
Eberhard Gesinnungsmerkmale im Strafrecht,
Tübingen 1958
- SCHÄFER,
Karl in Niederschriften S. 87
- SCHMIDT,
Eberhard Aufbau und Auslegung der Tötungsdelikte,
DRZ 49, 241
- derselbe Zum Verhältnis der §§ 211 ff. zu § 50 StGB,
DRZ 49, 272
- SCHÖNKE-
SCHRÖDER Strafgesetzbuch, Kommentar, 16. Aufl.,
München 1972
- SCHRÖDER,
Horst Der Aufbau der Tötungsdelikte, SJZ 50,
Sp. 560
- derselbe Zur Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag,
JZ 52, 526
- derselbe Der § 50 StGB n. F. und die Verjährung
beim Mord, JZ 69, 132
- SIMSON-
GEERDS Straftaten gegen die Person und Sittlich-
keitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht,
München 1969
- v. WEBER,
Helmuth Teilnahme an Mord und Totschlag,
MDR 52, 265
- WELZEL,
Hans Zur Systematik der Tötungsdelikte,
JZ 52, 72
- derselbe Das neue Bild des Strafrechtssystems,
4. Aufl., Göttingen 1961
- derselbe Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl.,
Berlin 1969;
Zitierweise: Strafrecht

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Soweit §§ des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches ohne Zusatz zitiert werden, handelt es sich - mit Ausnahme des § 50 StGB - um solche des Zweiten Strafrechtsreformgesetzes.

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AE	Alternativ-Entwurf
AE, AT	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, Tübingen 1966
AE, BT I	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halbband, Tübingen 1970
a. F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Begr.	Begründung
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Band, Seite)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
DJ	Deutsche Justiz (Jahr, Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr, Seite)
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (Jahr, Seite)
EGOWIG	Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz
E 62	Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung - Bundesratsvorlage - Bonn 1962
f. (ff.)	folgende (die folgenden)
Fußn.	Fußnote
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (Jahr, Seite)
GG	Grundgesetz
GrS	Großer Senat
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)

JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
LK	Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), 8. Aufl., Berlin 1957
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Jahr, Seite)
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
Niederschriften	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Band, Allgemeiner Teil, Bonn 1958
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
Nr.	Nummer
OGHSt.	Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone (Band, Seite)
PrStGB	Preußisches Strafgesetzbuch
RAO	Reichsabgabenordnung
Rdn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Band, Seite)
RStGB	Reichstrafgesetzbuch
S.	Seite
Sp.	Spalte
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr, Seite)
StGB	Strafgesetzbuch
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WStG	Wehrstrafgesetz
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr, Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechts- wissenschaft (Band, Seite)

A. DAS PROBLEM

Der Angeklagte leistete in den Jahren 1942 und 1943 als Kriminalassistent und Angehöriger des Judenreferats beim Kommandeur der Sicherheitspolizei und des SD in K. Beihilfe zu Vernichtungsmaßnahmen gegen zahlreiche Juden. Er wußte, daß die Opfer allein aus Rassenhaß umgebracht wurden. Er selbst handelte jedoch nicht aus diesem niedrigen Beweggrund, sondern gehorchte als Polizeibeamter und SS-Angehöriger nur den Befehlen, obwohl er sie als verbrecherisch erkannt hatte. Das Schwurgericht verurteilte ihn wegen Beihilfe zum Mord. Auf Revision des Angeklagten stellte der Bundesgerichtshof das Verfahren wegen Strafverfolgungsverjährung ein.¹

Maßgebend für dieses Ergebnis war eine Änderung des § 50 StGB aus dem Jahre 1968², welche den bisherigen Abs. 2 in die neuen Abs. 2 und 3 aufspaltete und neben einer sprachlichen Verbesserung als wesentlichste Neuerung eine Regelung der strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmale brachte. Unter Berufung auf seine ständige Rechtsprechung³ und ungeachtet der überwiegend gegenteiligen Auffassung im Schrifttum⁴ kennzeichnet der Bundesgerichtshof die Mordmerkmale als "echte Tatbestandsmerkmale" und damit nicht als strafschärfende, sondern als strafbegründende Umstände. Entgegen einer früheren mißverständlichen Äußerung⁵ seien die niedrigen Beweggründe des Mörders allerdings zu den besonderen persönlichen Merkmalen zu rechnen. Insoweit handele es sich nämlich nicht um "tatbezogene", sondern um

1) BGHSt. 22, 375 (Verjährungsurteil)

2) Art. 1 Nr. 6 EGOWiG vom 24. 5. 1968 (BGBl. I 503)

3) BGHSt. 1, 368, 371; näheres siehe unten G I 1 b bb.

4) Vgl. unten G I 1 c.

5) In BGHSt. 17, 215, 217.

"täterbezogene" Merkmale. Mit der Einstufung der niedrigen Beweggründe als konstitutive besondere persönliche Merkmale gelangt der Bundesgerichtshof folgerichtig zur Anwendung des § 50 Abs. 2 StGB n. F. Dessen obligatorische Strafmilderung nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs führte zu einer Strafverfolgungsverjährung von 15 Jahren.¹ Da diese Frist im konkreten Fall bereits verstrichen war, ohne daß eine Unterbrechung² erfolgt wäre, mußte das Verfahren eingestellt werden.

Abgesehen von seiner politischen Brisanz³ drängte dieses Urteil erneut nach Beantwortung der Frage, warum das Gesetz "besondere persönliche Merkmale" bei der Teilnahme hervorhebt. Sinn, Zweck, Anwendungsbereich und Reichweite der in § 50 Abs. 2 und 3 StGB n. F. getroffenen Regelung sind nach wie vor umstritten. Vor allem aber zeigt das Urteil, daß es trotz mannigfaltiger Versuche⁴ noch immer nicht gelungen ist, eine zuverlässige Definition dessen zu geben, was unter "besonderen persönlichen Merkmalen" zu verstehen ist. Der Bundesgerichtshof selbst glaubt, mit der inzwischen wohl h. L.⁵ darauf abstellen zu können, ob ein Merkmal "täterbezogen" oder "tatbezogen" ist. Doch gerade die Tatsache, daß im Einzelfall ein und dasselbe Merkmal von den einen als "tatbezogen", von den anderen als "täterbezogen" angesehen wird, läßt den Verdacht aufkommen, daß hier noch nicht das letzte Wort gesprochen ist. Bemerkenswert ist schließlich, daß der Bundesgerichtshof selbst sein gefundenes Ergebnis als ungereimt bezeichnet. Es sei nämlich - mit dem Generalbundesanwalt⁶ - nicht einzusehen, "weshalb derjenige, der als Gehilfe

1) Gemäß § 211 Abs. 1 StGB i. V. m. §§ 44 Abs. 2, 67 Abs. 1 StGB a. F.

2) Nach § 68 StGB a. F.

3) Vgl. KIRN, ZRP 69, 124.

4) Vgl. die Darstellung unter C II.

5) Vgl. die Darstellung unter C II 5.

6) Die Stellungnahme des Generalbundesanwalts zur Verjährung der Beihilfe zum Mord aus niedrigen Beweggründen ist im vollen Wortlaut abgedruckt in NJW 69, 1157.

bei einer aus Rassenhaß begangenen Tötung mitwirkt und dabei weiß, daß sie ein Beitrag zur Ausrottung einer ganzen Volksgruppe ist, besser gestellt werden soll als der Teilnehmer z. B. am heimtückisch begangenen Mord".¹ Offensichtlich empfindet der Bundesgerichtshof Unbehagen, nicht nur hinsichtlich der Konsequenzen für die Verjährung, sondern ganz allgemein darüber, im Bereich der Teilnahme "täterbezogene" Mordmerkmale anders zu behandeln als "tatbezogene".

Das Urteil verdeutlicht damit erneut die besondere Problematik der Teilnahme an den Tötungsdelikten. Einen Beitrag zur Lösung dieser rechtlichen Schwierigkeiten zu geben, ist Ziel dieser Arbeit. Dabei sollen mit Rücksicht auf die bevorstehende Reform der Tötungsdelikte auch die neueren Entwürfe - Entwurf 1962 und Alternativ-Entwurf - in die Untersuchung einbezogen werden.

1) BGHSt. 22, 375, 381

B. DIE HISTORISCHE ENTWICKLUNG IN GESETZGEBUNG, RECHTSPRECHUNG UND LITERATUR

I. DIE ZEIT VOR DEM REICHSSTRAFGESETZBUCH

Die Notwendigkeit einer Lockerung der tatbestandsmäßigen Akzessorietät der Teilnahme ist im Bereich der deutschen Partikulargesetzbücher erst relativ spät erkannt worden. Die starre Abhängigkeit der Teilnehmerstrafe von der Täterstrafe entsprach traditionellen dogmatischen Vorstellungen. So ist es nicht verwunderlich, daß ein konservativer Teil der deutschen Partikulargesetzgeber selbst dann noch an der strengen Akzessorietät festhielt, als das Problem längst erkannt und gesetzgeberisch angegangen war. Zu diesen konservativen Gesetzgebern gehörte auch Preußen¹. Das PrStGB von 1851 brachte zwar in seinem Besonderen Teil einige Ausnahmen von dem Prinzip der strengen Akzessorietät, um den größten Ungerechtigkeiten zu begegnen². In seinem Allgemeinen Teil formulierte jedoch der § 35 Abs. 1 uneingeschränkt das Prinzip der starren Abhängigkeit: "Auf den Theilnehmer an einem Verbrechen oder Vergehen, oder an einem strafbaren Versuche eines Verbrechens oder Vergehens ist dasselbe Strafgesetz anzuwenden, welches auf den Thäter Anwendung findet."

Demgegenüber fand sich in einem Großteil der Partikular-

-
- 1) Außer dem PrStGB hielten an der starren Abhängigkeit fest: z. B. das Sächsische Kriminalgesetzbuch von 1838, das Hannoveraner StGB von 1840, das Hessische von 1842, das Thüringische von 1850 und das Nassauische von 1849.
 - 2) So sollte z. B. nach § 180 PrStGB die mildere Strafe der Kindsmörderin nicht den anderen Beteiligten zugute kommen; Entsprechendes galt für die Strafbarkeit des Extraneus beim Aszendenten- oder Ehegattendiebstahl nach § 228 Abs. 2 PrStGB.

gesetzbücher jener Zeit bereits im Allgemeinen Teil als generelle Regelung eine akzessorietätslockernde Bestimmung.¹ Schon das Bayerische StGB von 1813 hatte in Art. 118 folgende Regelung gebracht: "Mildernde oder beschwerende Umstände, welche aus der Beschaffenheit der Person oder ihrer besonderen Verhältnisse hervorgehen, kommen nur demjenigen zum Vortheile oder Nachtheile, in dessen Person sie gegründet sind." Noch moderner erscheint die in Art. 65 Abs. 3 des Bayerischen StGB von 1863 getroffene Regelung: "Bestehen nur für die Person eines einzelnen Thäters, Theilnehmers oder Begünstigers besondere Gründe, welche seine Strafbarkeit erhöhen, mindern, ausschließen oder tilgen, so sollen diese bei Beurtheilung der Strafbarkeit der Übrigen weder zum Vorteil noch zum Nachtheil derselben in Betracht gezogen werden."

Angesichts dieser sehr fortschrittlich anmutenden Formulierungen mußte das Festhalten des PrStGB von 1851 am überkommenen Prinzip der starren Akzessorietät in der Tag als Rückschritt erscheinen. Dies wurde schließlich auch von dem höchsten preußischen Gericht so empfunden. Trotz der eindeutigen Regelung in § 35 Abs. 1 PrStGB bejahte nämlich das Preußische Obertribunal in einem Plenarbeschluß aus dem Jahre 1860² die Durchbrechung der starren Abhängigkeit durch persönliche Umstände der Beteiligten. Die Entscheidung war bewußt contra legem getroffen und stand wohl unter dem Eindruck der progressiveren Partikulargesetzbücher.

-
- 1) So z. B. im Oldenburgischen StGB von 1814, im Braunschweigischen Kriminalgesetzbuch von 1840 (Art. 54), im Hamburger StGB von 1869 (Art. 51), im Badischen StGB von 1850 (§ 137) und im Sächsischen StGB von 1855 (Art. 51 Abs. 2, 55 Abs. 4).
 - 2) Beschluß vom 12. 11. 1860, vgl. OPPENHOFF, S. 5 ff.

II. DIE ENTWICKLUNG UNTER DER GELTUNG DES REICHSSTRAF- GESETZBUCHES

1. Die Entstehungsgeschichte des § 50 StGB

Als Reaktion auf den Plenarbeschluß des Preußischen Obertribunals wurde in den ersten Entwurf eines StGB für den Norddeutschen Bund ein § 41 Abs. 3 als akzessorietätslockernde Bestimmung aufgenommen. Als Vorbild diente § 82 des StGB-Entwurfes der Hansestadt Bremen mit folgendem Wortlaut: "Die auf die Strafbarkeit der That Einfluß üben den besonderen Umstände, welche in der Person des einen oder anderen Urhebers oder Theilnehmers vorhanden sind, sollen bei der Beurtheilung der Strafbarkeit der übrigen weder zum Vorthell, noch zum Nachtheil derselben in Betracht gezogen werden, soweit das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt." Der § 41 Abs. 3 des ersten Entwurfes übernahm jedoch nicht diese weite Fassung - § 82 des Bremer Entwurfes umfaßte eindeutig auch strafbegründende Merkmale - , sondern beschränkte sich bewußt auf strafändernde persönliche Umstände. Im zweiten Entwurf wurde aus § 41 Abs. 3 der § 48, der als § 50 des StGB für den Norddeutschen Bund schließlich geltendes Recht wurde. Als solcher gelangte er auch in das RStGB vom 15. 5. 1871¹. Seine Fassung, die bis 1943 geltendes Recht² blieb, lautete: "Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Thatumstände dem Thäter oder demjenigen Theilnehmer (Mitthäter, Anstifter, Gehülfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen."

1) RGBl. S. 127

2) Vgl. zur Geschichte des § 50 StGB insbesondere den Beschluß der Vereinigten Strafsenate vom 18. 4. 1894 in RGSt. 25, 266, 270 ff. und auch MAURACH, JuS 69, 249.

Entgegen der weitreichenden Fassung des § 82 des Bremer Entwurfes regelte der neue § 50 StGB also nur strafmodifizierende "besondere Thatumstände", nicht aber solche Umstände, welche die Strafbarkeit erst begründen. Zwar mag sich der Gesetzgeber des Norddeutschen Bundes der Härte dieser Regelung für den Einzelfall bewußt gewesen sein. Insbesondere im Hinblick auf die zwangsläufige Strafflosigkeit der Teilnahme an den echten Sonderdelikten, erschien ihm wohl eine so weitgehende Aufbrechung der Akzessorietät unerträglich. Andererseits kam er aber auch nicht auf den - schon damals in der Literatur¹ vorgeschlagenen - Ausweg, die materielle Ungerechtigkeit dieser Regelung durch fakultative oder obligatorische Strafmilderung beim Extraneus zu beseitigen. Weiterhin verzichtete der neue § 50 StGB auf die Einbeziehung solcher persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse, welche die Strafbarkeit ausschließen. Dies war deshalb verwunderlich, weil andere Partikulargesetzbücher auch diese Umstände bereits positiv nannten.² Diese "Unterlassungssünde" mußte erst später von der Rechtsprechung korrigiert werden. So entschied das Reichsgericht, persönliche Strafausschließungsgründe könnten schon ihrer Natur nach - also trotz Nichterwähnung in § 50 StGB - nur demjenigen Täter oder Teilnehmer zugute kommen, bei dem sie vorliegen.³

2. Was waren persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse

Literatur und Rechtsprechung konnten sich bei der Interpretation des § 50 StGB von Anbeginn an nicht von

1) ROSSHIRT, S. 544

2) Z. B. das Bayerische StGB von 1863 in Art. 65 Abs. 3

3) RGSt. 14, 102, 104; in der Entscheidung, die zu § 257 Abs. 2 StGB (Angehörigeneigenschaft) ergangen ist, argumentiert das RG nicht nur mit der dubiosen Formulierung "aus der Natur der Sache", sondern mutmaßt letztlich, der Gesetzgeber habe dies offenbar als selbstverständlich vorausgesetzt.

formalen Überlegungen freimachen. Beide glaubten, den Schlüssel zu einer verlässlichen und praktikablen Interpretation des § 50 StGB primär in den Worten "Eigenschaften" und "Verhältnissen" suchen zu müssen. Deshalb kam auch niemals ein ernsthafter Zweifel daran auf, daß mit jenen Begriffen das Merkmal der "Dauer" aufs engste verknüpft sei. Diese feststehende Voraussetzung in Literatur und Rechtsprechung, die bei rein grammatischer Auslegung sicherlich nicht von der Hand zu weisen war, führte denn auch bei einigen Tatbestandsmerkmalen zu größten Schwierigkeiten.

Besonders deutlich zeigte sich die relative Unbrauchbarkeit der grammatischen Auslegung an den Tatbestandsmerkmalen "Gewerbsmäßigkeit", "Gewohnheitsmäßigkeit" und "Rückfall". Ausgehend von der allgemeinen Vorstellung, "Gewerbsmäßigkeit" setze u. a. die Absicht der Wiederholung voraus, sah sich das Reichsgericht bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1881¹ in arger Bedrängnis, das Merkmal der "Dauer" zu halten. Reine Absichten sollten nach bisheriger Überzeugung, da nicht dem natürlichen Wesen des Menschen anhaftend, gerade keine persönlichen Eigenschaften sein. Um "Gewerbsmäßigkeit" dennoch unter die persönlichen Eigenschaften i. S. des § 50 StGB subsumieren zu können, verzichtete das Reichsgericht zwar nicht auf das Moment der "Dauer", verneinte jedoch, "daß diese Dauer eine unbegrenzte sein müsse". Zur Untermauerung der neuen These verwies es u. a. auf die Eigenschaft des jugendlichen Alters in § 57 StGB a.F.², die ja auch naturgemäß demnächst zum Erlöschen komme.³ Bestätigt wurde diese Rechtsprechung nochmals im Jahre

1) RGSt. 4, 184

2) Aufgehoben durch das JGG vom 16. 2. 1923 (RGBl. I 135).

3) RGSt. 4, 184, 186

1893: "... weil die Gewerbsmäßigkeit wie auch die Gewohnheitsmäßigkeit und der Rückfall die objektive Gestaltung der That unberührt lassen und sonach i. S. d. § 50 StGB's zu den persönlichen Eigenschaften gehören...".¹

Daß mit diesen beiden Entscheidungen die Zweifel noch nicht verstummt waren, zeigt der Beschluß der Vereinigten Strafsenate aus dem Jahre 1894, welcher sich nochmals mit den Begriffsmerkmalen "Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit" zu befassen hatte.² Obwohl in der Antragsbegründung des Oberreichsanwalts die Entstehungsgeschichte des § 50 StGB eingehend dargelegt worden war³, kam man auch diesmal in erster Linie deshalb zur Bejahung der persönlichen Eigenschaft, weil das Merkmal der "Dauer" als erfüllt angesehen wurde. Bei der "Gewohnheitsmäßigkeit", so hieß es, wäre die Einordnung unproblematisch, weil der Hang zur Verübung eines bestimmten Delikts den Charakter des Dauernden, Zuständlichen an sich trage, indem er den Willen in einer bestimmten Richtung stetig beeinflusse. Aber auch die Absicht, aus der fortgesetzten Verübung eines Delikts eine ständige Erwerbsquelle zu machen, beherrsche den Willen derart, daß die darauf beruhenden Einzelhandlungen Resultat einer zuständlichen Willensrichtung seien.⁴

Trotz aller Schärfe der Argumentation ist der Entscheidung anzumerken, daß letztlich nur versucht wurde, ein wünschenswertes Ergebnis mit dem vorhandenen dogmatischen Instrumentarium zu untermauern. Die am Begriff haftende und damit eben doch nur formale Beweisführung ist umso

1) RGSt. 23, 378 (Beihilfe zu einem gewerbsmäßigen Jagdvergehen nach § 294 StGB)

2) RGSt. 25, 266, Beschluß vom 18. 4. 1814

3) RGSt. 25, 266, 270 ff.

4) RGSt. 25, 266, 267 f.

verwunderlicher, als gerade auch der strafpolitische Zweck des § 50 StGB angedeutet wurde : "... daß strafrechtlich ein jeder nach seinem eigenen Maße zu messen, nach dem Grade seiner Verschuldung, wie sie sich nach den in seiner Person begründeten besonderen Umständen (Eigenschaften und Verhältnissen) gestaltet, zu strafen ist."¹ Trotz des wohl vorhandenen Gefühls, die genannten Begriffsmerkmale müßten aus Gründen der materiellen Einzelfallgerechtigkeit dem § 50 StGB untergeordnet werden, vermochte das Reichsgericht das eingefahrene Gleis nicht durch eine Besinnung auf Sinn und Zweck der Akzessorietätslockerung zu verlassen.

3. Das Merkmal der "Überlegung" in § 211 StGB a. F.

Die Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag erfolgte bis zum Jahre 1941 nicht wie heute nach enumerativ bezeichneten Mordmerkmalen, sondern einzig nach dem Tatbestandsmerkmal "Überlegung". Wegen Mordes (§ 211 StGB a. F.) wurde danach ein Täter dann bestraft, "wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt" hatte, nur wegen Totschlags (§ 212 StGB a. F.) dagegen, "wenn er die Tötung nicht mit Überlegung ausgeführt" hatte. Obwohl nun das Merkmal der "Überlegung" sicherlich nicht dem Wesen des Täters als dauernd anhaftete, sondern allenfalls eine die äußere Handlung begleitende subjektive Komponente war, subsumierte es ein Teil des Schrifttums unter § 50 StGB.² Teils wurde hierfür eine Begründung überhaupt nicht gegeben³, teils drückte man sich an der bislang wesentlich erachteten Dauer mit dem Argument vorbei, persönliche Eigenschaften und Verhältnisse könnten auch Tatsachen vorübergehender Natur sein.⁴ Die Gegenmeinung, der auch

1) RGSt. 25, 266, 274

2) Z. B. HÄLSCHNER, S. 439 Fußn. 1; FINGER, S. 362 f. und Fußn. 472; BELING, Grundzüge S. 101; v. LISZT, S. 232

3) So z. B. v. LISZT a. a. O. und BELING a. a. O.

4) So z. B. FINGER a. a. O.; ebenso schon RGSt. 4, 184, 186.

das Reichsgericht anhing, lehnte dagegen eine Anwendung des § 50 StGB konsequent mit der Feststellung ab, die "Überlegung" beim Mord sei ihrer Natur nach nichts Dauerndes und deshalb keine persönliche Eigenschaft des Täters.¹ Die Tatsache, daß das Reichsgericht die Anwendung des § 50 StGB nur aufgrund der traditionellen Definition der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse ablehnte, zeigt übrigens, daß in der damaligen Fassung Mord und Totschlag noch nicht als selbständige Delikte angesehen wurden. Hätte nämlich das Reichsgericht - wie bislang der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung - bereits damals eigenständigen Charakter der Delikte angenommen², so wäre § 50 StGB von vornherein deshalb unanwendbar gewesen, weil er strafbegründende Merkmale eben nicht erfaßte.

4. Die Neufassung der §§ 211, 212 StGB im Jahre 1941

a) Die Lehre vom Tätertyp

Das Gesetz zur Änderung des Reichstrafgesetzbuches vom 4. 9. 1941³ brachte eine entscheidende Neugestaltung der Tatbestände von Mord und Totschlag. Das Merkmal der "Überlegung", das in Jahrzehnten seine Untauglichkeit erwiesen hatte⁴, wurde ersetzt durch Abgrenzungsmerkmale der Motivation, der Tatausführung und der Absicht. Diese Neufassung (§ 211 Abs. 2 StGB) ist bis heute geltendes Recht geblieben.⁵ Bemerkenswert an dieser Novelle war darüber hinaus, daß zum ersten Male nicht mehr die Tat, sondern der Täter bestraft wurde: "Der Mörder wird mit

1) Z. B. BINDING, S. 174; HERGT, S. 150; MEYER-ALLFELD, S. 231 Fußn. 32; OLSHAUSEN, § 50 Nr. 5a; GERLAND, S. 193 und 471, sowie RGSt. 56, 25, 26; JW 36, 1128.

2) In der Literatur z. B. HERGT, S. 149.

3) RGBl. I 549

4) Vgl. dazu MAURACH, BT S. 21.

5) Eine eingehende Darstellung der historischen Entwicklung findet sich in BGHSt. 9, 385, 387 ff.; vgl. auch SIMSON-GEERDS, S. 13 ff.

dem Tode bestraft" (§ 211 Abs. 1 StGB); "Mörder ist, wer ..." (§ 211 Abs. 2 StGB); "Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger ... bestraft." (§ 212 StGB) Der hierin liegende deutliche Ansatz einer Hinwendung zum Täterstrafrecht entsprach zwar auch dem ideologischen Verständnis des Nationalsozialismus, er beruhte aber in erster Linie auf der zu dieser Zeit weithin beachteten und anerkannten Lehre vom Tätertyp, wonach die Verwirklichung gewisser Straftatbestände auch Ausdruck der Täterpersönlichkeit sei.¹ Mit dieser Lehre war jedoch für die Praxis nicht viel gewonnen, zumal letztlich eben doch die konkrete Tat als Indiz für den Tätertyp erhalten mußte.² Fast schon als Absage an die Lehre vom Tätertyp erscheint denn auch bereits das erste einschlägige Urteil des Reichsgerichts.³ Im Leitsatz zu der Entscheidung wird unmißverständlich konstatiert, zum Begriff des Mörders gehöre nicht, daß der Täter einem besonderen Tätertyp entspreche. In der Begründung wird zwar eingeräumt, daß auch die Gesamtpersönlichkeit des Täters zu würdigen sei, vorab und in erster Linie müßten aber die einzelnen Mordmerkmale erfüllt sein. Im Jahre 1943 wurde diese Rechtsprechung nochmals bestätigt mit der Feststellung, das unterscheidende Merkmal zwischen Mörder und Totschläger läge in der Gesamtpersönlichkeit des Täters, wie sie aus der Tat und aus sonstigen Umständen erkennbar sei.⁴

b) Das Verhältnis von § 211 zu § 212 StGB n. F.

Die sprachliche und sachliche Umgestaltung des Jahres 1941 hatte weiterhin zur Folge, daß von manchen - durchaus

1) Nachweise über das Schrifttum finden sich bei MAURACH, JuS 69, 552 Fußn. 29.

2) Nachweise wiederum bei MAURACH a. a. O. Fußn. 37.

3) RGSt. 76, 297

4) RGSt. 77 (2. Heft), 41, 43

im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers - das Konkurrenzverhältnis zwischen Mord und Totschlag neu gesehen wurde. Unter der Geltung der alten Fassung bestand weitgehend Einigkeit darüber, daß Totschlag das Grunddelikt und Mord dessen Qualifikation darstelle.¹ Soweit das Merkmal der "Überlegung" als persönliche Eigenschaft angesehen wurde, kam deshalb - da es sich um ein strafferhöhendes Merkmal handelte - im Bereich der Teilnahme regelmäßig die Anwendung des § 50 StGB in Betracht. Die Novelle von 1941 schuf jedoch nicht nur den "Mörder" und den "Totschläger", sondern umriß darüber hinaus lediglich den ersteren im Gesetz positiv. Letzterer wurde demgegenüber negativ abgegrenzt. Hieraus wurde geschlossen, Mord und Totschlag seien nunmehr jeweils Tötungsdelikte eigener Art.² An dieser höchst anfechtbaren Betrachtungsweise, auf die noch näher einzugehen sein wird, hat, wie gesagt, der Bundesgerichtshof bislang in ständiger Rechtsprechung festgehalten. Unmittelbare Folge des neuen Konkurrenzverständnisses war jedenfalls, daß bei der Teilnahme § 50 StGB schon deshalb nicht mehr zur Anwendung gelangen konnte, weil die Mordmerkmale nunmehr strafbegründend sein sollten.

5. Die Neufassung des § 50 StGB im Jahre 1943

Durch die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29.5.1943³ erhielt § 50 StGB folgende Fassung:

"(1) Sind mehrere an der Tat beteiligt, so ist jeder ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld strafbar.

(2) Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen."

1) Vgl. statt vieler FRANK, § 212 I m. w. N.

2) Z. B. FREISLER, DJ 41, 929, 934.

3) RGBl. I 339

Der § 50 StGB hatte damit im wesentlichen drei Neuerungen erfahren. Zum einen brachte der neue Abs. 1 die sogenannte limitierte Akzessorietät der Teilnahme.¹ Das "Einbringen" dieses neuen Grundsatzes in den § 50 StGB sollte sich später allerdings als Ansatzpunkt heftiger Auseinandersetzungen erweisen, auf die noch näher einzugehen sein wird. Weiterhin erfolgte die zusätzliche Aufnahme von strafausschließenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen in § 50 Abs. 2 StGB. Wie bereits erwähnt, bestand aber schon früher nahezu Einhelligkeit darüber, daß persönliche Strafausschließungsgründe ihrer Natur nach nur demjenigen Täter oder Teilnehmer zugute kommen können, bei dem sie vorliegen. Insoweit war diese Änderung sozusagen nur deklatorisch. Letztlich sprach das Gesetz nunmehr von "besonderen" persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen. Möglicherweise wollte man damit einer Forderung BINDINGS² Rechnung tragen, der stets gefordert hatte, die Vorschrift müsse so gelesen werden, damit die Merkmale des Täters als Person gegenüber anderen potentiellen Tätern hervorgehoben werden.³ Wahrscheinlicher ist jedoch, daß lediglich die alte Formulierung "besondere Tatumstände" hier teilweise übernommen wurde.

6. Die abermalige Neufassung des § 50 StGB im Jahre 1968

Im Jahre 1968 erfuhr der § 50 StGB erneut eine völlige Umgestaltung.⁴ Abs. 1 blieb unverändert. Abs. 2 wurde mit Abwandlungen zu Abs. 3, ein neuer Abs. 2 wurde eingeführt:

"(2) Fehlen besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale),

1) Anstiftung und Beihilfe verlangten nunmehr nur noch eine "mit Strafe bedrohte Handlung" als Haupttat (Verordnung zur Durchführung der Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. 5. 1943, RGBI. I 341).

2) BINDING, S. 174

3) So MAURACH, JuS 69, 249, 251.

4) Vgl. Fußn. 2 S. 1.

welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer, so ist dessen Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs zu mildern.

(3) Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen."

Bei dieser Novelle handelte es sich um einen vorgezogenen Teil der allgemeinen Strafrechtsreform. Zum einen beseitigte sie mit der Regelung der strafbegründenden Merkmale endlich jene Ungerechtigkeit, die darin lag, daß strafbegründende persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse bislang stets streng akzessorisch zu behandeln waren. Oftmals lag es nämlich nur an der technischen Ausgestaltung eines Straftatbestandes, ob dieser als eigenständiges Delikt oder als Modifizierung eines Grundtatbestandes angesehen wurde. Eine Gleichstellung der strafbegründenden Merkmale mit den strafmodifizierenden und strafausschließenden - wie sie § 82 des Bremer Entwurfs vorsah - war schon vom Gesetzgeber des Norddeutschen Bundes mit Recht abgelehnt worden. Der Gesetzgeber des Jahres 1968 entschloß sich aber zu jener Kompromißlösung, die bereits im Jahre 1851 in der Literatur¹ vorgeschlagen worden war. Zum anderen brachte die Novelle die zusätzliche Erwähnung von "besonderen persönlichen Umständen" mit dem Ziel, dadurch endlich von dem formalen Element der "Dauer" loszukommen, das jahrzehntelang den Blick auf Sinn und Zweck des § 50 StGB verschleiert hatte. Unter die "besonderen persönlichen Umstände" und damit unter die besonderen persönlichen Merkmale allgemein konnten nunmehr ohne sprachliche Skrupel auch gewisse vorübergehende Motive und innere Einstellungen subsumiert werden.

Konkret war die Neufassung dem § 33 E 62 nachgebildet, der seinerseits auf einem einstimmigen Beschluß der

1) Vgl. FuBn. 1 S. 7.

Großen Strafrechtskommission vom Februar 1955¹ zurückging. Dieser Beschluß wiederum basierte auf einem Referat von GALLAS, in dem er die Problematik der strafbegründenden Merkmale aufgezeigt und gleichzeitig mit dem Hinweis auf frühere Entwürfe die Milderungsmöglichkeit für den Teilnehmer vorgeschlagen hatte. Auch die Legaldefinition "besondere persönliche Merkmale" war von GALLAS vorgeschlagen worden.²

7. Die Änderung im Rahmen der allgemeinen Strafrechtsreform

Durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz³ erhält unser Strafgesetzbuch einen völlig neuen Allgemeinen Teil. Die bislang in § 50 StGB geregelte Materie findet sich nunmehr in den §§ 28 und 29 StGB, die allerdings keine sachliche, sondern nur eine sprachliche und vor allem systematische Änderung bringen:

"§ 28 Besondere persönliche Merkmale

(1) Fehlen besondere persönliche Merkmale (§ 14 Abs. 1), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern.

(2) Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen.

1) Niederschriften, Anhang Nr. 19 und 20 sowie S. 219

2) Niederschriften, S. 72 f. Zur Entstehungsgeschichte insgesamt vgl. die Stellungnahme des Generalbundesanwalts in NJW 69, 1157, 1158. Die Bezeichnung "Umstände" war schon von CLASS, NJW 49, 83, 85 unter Hinweis auf Art. 26 Schweizer StGB vorgeschlagen worden.

3) Vom 4. 7. 1969 (BGBl. I 717); dort Art. 1 Nr. 1. Das 2. StrRG wird allerdings kaum, wie vorgesehen, am 1. 10. 1973 (Art. 7) in Kraft treten können, weil es zunächst noch eines Einführungsgesetzes zum StGB bedarf. Der Entwurf eines derartigen Gesetzes ist von der Bundesregierung aber erst am 31. 1. 1973 verabschiedet worden.

§ 29 Selbständige Strafbarkeit des Beteiligten
Jeder Beteiligte wird ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld bestraft."

Mit der Novelle des Jahres 1968 war zwar die Beseitigung der größten Ungerechtigkeiten gelungen. Wie später an Hand der verschiedensten Fallvarianten zu zeigen sein wird, leiden jedoch auch die jetzige und die künftige Gesetzesfassung noch an einem ganz entscheidenden Mangel. Dieser liegt allerdings nicht so sehr darin, daß der Gesetzgeber die Auswirkungen auf die Verjährung der Beihilfe zum Mord offensichtlich übersehen hat.¹ Er besteht vielmehr darin, daß § 50 Abs. 2 StGB n. F. - und demgemäß künftig auch § 28 Abs. 1 StGB - lediglich eine Regelung für die Fälle trifft, in denen strafbegründende besondere persönliche Merkmale beim Teilnehmer fehlen. Anscheinend meinte man, bei einem anderen Beteiligten könnten derartige Merkmale gar nicht fehlen. Fälle, in denen nur der Teilnehmer, nicht aber der Haupttäter strafbegründende besondere persönliche Merkmale verwirklicht, sind jedoch durchaus denkbar; ihre Regelung wäre deshalb erforderlich gewesen.

1) Als erstes wohl von SCHRÖDER, JZ 69, 132 erkannt.

C. DAS VERSTÄNDNIS DES § 50 STGB IN DER NEUEREN LEHRE
UND RECHTSPRECHUNG

I. DAS VERHÄLTNISS DER LIMITIERTEN AKZESSORIETÄT ZUR
REGLUNG DER BESONDEREN PERSÖNLICHEN MERKMALE

Die Novelle vom 29. 5. 1943 sollte sich, wie bereits angedeutet, als gesetzestechnischer Fehlgriff herausstellen. Die Aufnahme der limitierten Akzessorietät in den § 50 StGB führte nämlich zu einem grundlegenden Streit über das Verhältnis zu der Akzessorietätslockerung durch besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse. Dieser hat seinen Grund letztlich in unterschiedlichen Auffassungen über den allgemeinen Verbrechensaufbau und über den Begriff der Schuld.

Eine Minderheit, als deren Exponent LANGE angesehen werden kann, vertritt die Ansicht, die gesamte Regelung in § 50 StGB sei Ausfluß eines einheitlichen Prinzips. § 50 Abs. 1 StGB normiere dabei die weit über die Teilnahmelehre hinausgehende Grundregel, während die Regelung der besonderen persönlichen Merkmale nur deren Präzisierung darstelle.¹ Nicht zu übersehen ist, daß diese Ansicht bislang zumindest die Gesetzessystematik für sich in Anspruch nehmen konnte. Insoweit ist es auch folgerichtig, wenn LANGE unter besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen nur typisierte Schuldmerkmale verstehen will.² Die Überwiegende Gegenmeinung, als deren Hauptvertreter wohl WELZEL bezeichnet werden muß, betrachtet demgegenüber das Prinzip der limitierten Akzessorietät und die Regelung der besonderen persönlichen Merkmale andererseits als "auf verschiedenen Ebenen liegend". Letztere bewege sich ausschließlich im Bereich der Tatbestandsmäßigkeit und sei daher ohne

1) KOHLRAUSCH-LANGE, § 50 Anm. I; ebenso v. WEBER, MDR 52, 265 und BGHSt. 8, 205, 209

2) LANGE, JR 49, 165, 168

Rücksicht auf § 50 Abs. 1 StGB zuerst zu prüfen. Erst danach könne § 50 Abs. 1 StGB auf der Ebene der Schuld eingreifen.¹

Die letztgenannte Auffassung kann nicht nur darauf verweisen, daß die Regelung der besonderen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse lange vor der limitierten Akzessorietät des § 50 Abs. 1 StGB bestand², sondern entspricht wohl auch eher dem modernen Verständnis vom Aufbau des Verbrechens. Erachtet man insoweit die Reihenfolge Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld als richtig, so versteht es sich von selbst, daß von Schuld i. S. eines allgemeinen Verbrechensmerkmals erst gesprochen werden kann, nachdem feststeht, daß ein bestimmter Straftatbestand erfüllt worden ist.³ Jedenfalls aber scheint der Meinungsstreit nunmehr durch den Gesetzgeber dadurch zugunsten dieser Auffassung entschieden zu sein, daß das Zweite Strafrechtsreformgesetz in den §§ 28, 29 StGB - wie auch die Entwürfe in den §§ 33, 34 E 62 und §§ 30, 31 AE - eine tatbestandliche Trennung vorgenommen hat.⁴

II. DIE DEFINITION DER BESONDEREN PERSÖNLICHEN MERKMALE IN DER NEUEREN LITERATUR UND RECHTSPRECHUNG

Festzustellen ist zunächst, daß auch schon vor der zweiten Novellierung des § 50 StGB im Jahre 1968 und ihrer ausdrücklichen Hereinnahme der persönlichen "Umstände" immer mehr die Erkenntnis Boden gewann, daß den besonderen persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen durch eine reine Wortauslegung nicht beizukommen war. Diese konnte naturgemäß das im Wortsinn liegende Merkmal

1) WELZEL, Strafrecht S. 121 f.; ähnlich MAURACH, AT (1965), S. 604 und NAGLER, LK, § 50 Anm. 1.

2) WELZEL a. a. O. und GALLAS, Sonderheft S. 31

3) MAURACH, JuS 69, 249, 253

4) Ebenso MAURACH, AT, S. 711; vgl. auch E 62, Begr., S. 153.

der "Dauer" nicht überwinden. Verlangt wurde vielmehr in steigendem Maße eine Besinnung auf den Grund der ausdrücklichen Regelung besonderer persönlicher Merkmale durch das Gesetz. Hatte man es aber einmal gewagt, sich von dem Wortlaut des Gesetzes zu lösen, so bestand kein Zweifel, daß die Betonung nicht auf "dauernd", sondern auf "persönlich" zu liegen habe - eine Forderung, die schon im Jahre 1909 von REDSLOB¹ erhoben worden war. Umstritten geblieben ist aber zum einen die Frage nach der Rechtsnatur der besonderen persönlichen Merkmale und vor allem die Frage, nach welchen formalen oder materiellen Kriterien die persönlichen Merkmale zu bestimmen sind.

1. Die Rechtsnatur der besonderen persönlichen Merkmale

a) Schuldmerkmale

Entschiedenster Vertreter derjenigen, die den gesamten § 50 StGB im Bereich der Schuld ansiedeln, ist wiederum LANGE. Ausgehend von der Vorstellung, die Regelung der besonderen persönlichen Merkmale sei nur eine nähere Ausführung des in § 50 Abs. 1 StGB formulierten Grundprinzips, sucht er konsequent eine Definition von der Ebene der Schuld her zu erlangen. Zwar leugnet er nicht, daß es sich insoweit um Tatbestandsmerkmale handelt, verlangt jedoch jeweils eine Prüfung, "ob es sich um eine Charakterisierung des Unrechts, etwa eine Erfolgsqualifizierung, oder um ein Schuldmoment handelt". Zu der ersten Gruppe zählt er namentlich auch jene subjektiven Tatbestandsmerkmale bei den sogenannten Absichtsdelikten (z. B. Diebstahl oder Urkundenfälschung), die ihren Ursprung letztlich im objektiven Unrechtsakt haben - und damit nur der Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes dienen. Tatbestandlich objektivierte

1) REDSLOB, S. 14

Schuldmomente seien hingegen diejenigen Merkmale des Tatbestandes, die zwar nicht den jeweiligen Unrechtsgehalt der Tat, wohl aber die Schuld des Täters beeinflussen. So sei beispielsweise Grund der Strafmilderung des § 217 StGB gegenüber dem Normalfall der vorsätzlichen Tötung die durch den Geburtsaffekt gemilderte Schuld der unehelichen Mutter. Ähnliches gelte für § 216 StGB, wo die Schuld durch das ausdrückliche und ernstliche Tötungsverlangen gemildert sei. In beiden Fällen handele es sich um tatbestandlich objektivierte Schuldmomente und damit um besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse.¹

b) Unrechtsmerkmale

Wortführer der Gegenmeinung ist WELZEL. Besondere persönliche Merkmale können seiner Ansicht nach niemals Schuldmerkmale sein; denn im Stadium der Tatbestandsprüfung dürfe von einer Schuld überhaupt noch nicht gesprochen werden. Da aber eine Vielzahl von Straftatbeständen personale Elemente aufweist, sieht sich WELZEL gezwungen, diese im Unrechtstatbestand anzusiedeln. Er tut dies mit seiner Lehre von den personalen Unrechtselementen.² Auch eine Definition der besonderen persönlichen Merkmale habe daher vom Unrechtstatbestand auszugehen. Nicht erst die Schuld, sondern bereits das Unrecht der Tat werde von den besonderen persönlichen Merkmalen mitbestimmt. Innerhalb des Unrechtstatbestandes gäbe es nämlich einerseits sachliche oder tatmäßige und andererseits persönliche oder täterschaftliche Unrechtsmerkmale. Allenfalls die letzteren könnten als besondere persönliche Merkmale angesehen werden. Dies gelte aber nur, wenn es sich um rein persönliche Unrechtsmerkmale handele, nicht aber dann, wenn diese auch, und zwar

1) LANGE, JR 49, 165, 168; vgl. auch KOHLRAUSCH-LANGE, § 50 Anm. III.

2) WELZEL, Strafrecht, S. 59 ff.

entscheidend tatmäßig-sachlicher Art seien.¹

c) Schuld- und Unrechtsmerkmale

Es ist offensichtlich, daß der Streit um die Rechtsnatur der besonderen persönlichen Merkmale letztlich wiederum ein Streit um die Definition des Schuldbegriffs ist. Es ist zwar nicht Aufgabe dieser Arbeit, den in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Begriffsbestimmungen eine neue hinzuzufügen, zumal hier eine Grundfrage unseres Strafrechts angesprochen wird. Einige Bemerkungen seien dennoch erlaubt. Nicht zu leugnen ist, daß die von WELZEL vertretene Lehre der personalen Unrechtselemente den Vorteil größerer Einfachheit und Klarheit für sich verbuchen kann. Andererseits kann aber nicht verkannt werden, daß gerade der natürliche Sprachgebrauch unter Schuld die individuelle Vorwerfbarkeit eines menschlichen Verhaltens und damit ein ethisches Unwerturteil versteht. Insbesondere die Mordmerkmale des geltenden Rechts lassen vermuten, daß Straftatbestände nicht nur Unrecht, sondern auch Schuld in dem genannten Sinne beschreiben können, unser Strafrecht also nicht nur unrechts-, sondern auch schuldtypisierende Tatbestandsmerkmale kennt.² Bemerkenswert ist darüber hinaus, daß gerade die neueren Entwürfe im Straftatbestand mitunter von schuld mindernden Umständen sprechen (§ 134 Abs. 3 E 62 und § 100 Abs. 3 Nr. 1 AE); obwohl nicht nur - wie z. B. bei § 213 StGB - eine unselbständige Abwandlung gewollt ist. Dies beweist zumindest für den Bereich der Entwürfe die Vermutung, wonach auch im Bereich des Tatbestandes Schuldmerkmale möglich sind. Sicher ist jedenfalls, daß es letztlich dahinstehen kann, ob die besonderen persönlichen Merkmale nur als Unrechtsmerkmale, nur als objektivierter Schuldmerkmale oder schließlich als

1) WELZEL, Strafrecht, S. 121 und insbesondere JZ 52, 72, 75 (und dort Fußn. 27); vgl. auch MAURACH, JuS 169, 249, 252 f.

2) So auch GALLAS, Sonderheft S. 32.

beides¹ aufzufassen sind. In allen Fällen gelangt man zu demselben Ergebnis. In der Literatur ist zwar eingewandt worden, die Auffassung LANGES gebe stets die Möglichkeit, mit Hilfe des § 50 Abs. 1 StGB zu operieren, und man brauche sich deshalb in concreto überhaupt keine Gedanken darüber zu machen, ob ein Tatbestandsmerkmal ein besonderes persönliches Merkmal darstelle.² Diese "einfache" Lösung beruhe allerdings auf unrichtigen Prämissen, da der Schuldvorwurf erst erhoben werden könne, wenn der Unrechtsvorgang festgestellt worden ist.³ Diese Kritik geht aber ihrerseits von den falschen Annahmen aus, daß immer, wenn von Schuld die Rede ist, der § 50 Abs. 1 StGB als Grundprinzip Anwendung finden könne und daß auf der Ebene des Tatbestandes notwendigerweise nur Unrecht geregelt werden könne. Beides trifft jedoch nicht zu. Mit der Feststellung, es handle sich bei den besonderen persönlichen Merkmalen um tatbestandlich objektivierete Schuldmerkmale, ist nämlich gleichzeitig ausgedrückt, daß jene ihren Standort nur in dem vom Gesetz beschriebenen Straftatbestand haben. Ein Ausweichen auf das angebliche Grundprinzip des § 50 Abs. 1 StGB ist darum deshalb nicht möglich, weil die Regelung der besonderen persönlichen Merkmale die speziellere und damit die vorgehende ist.⁴

-
- 1) So ausdrücklich SCHRÖDER, NJW 52, 649, 650: "... umfaßt ... alle Schuldmodifizierungen, aber auch alle personellen Unrechtsmodifizierungen."
 - 2) Dies ist aber offensichtlich die Ansicht LANGES, vgl. JR 49, 165, 171.
 - 3) MAURACH, JuS 69, 249, 253
 - 4) So GALLAS, Sonderheft S. 33; vgl. auch KOHLRAUSCH-LANGE, § 50 Anm. I und vor allem ENGISCH, GA 1955, 161, 166, der klar sagt, daß auch Schuldmerkmale "Tatbestandsmerkmale" sein können, die für die Einordnung des Delikts nach § 1 StGB maßgebend sind; im Ergebnis ähnlich BLAUTH, S. 107, wonach personal sowohl alle Schuldmerkmale als auch diejenigen objektiven Tätermerkmale sind, die das Maß der sozialetischen Verwerflichkeit der deliktischen Handlung bestimmen.

2. Die konkrete Abgrenzung der besonderen persönlichen Merkmale

Mit der Bestimmung der Rechtsnatur der besonderen persönlichen Merkmale ist allerdings noch nichts darüber ausgesagt, nach welchen Kriterien diese im einzelnen zu bestimmen sind. Es galt also - nachdem die Voraussetzung der "Dauer" endgültig ad acta gelegt worden war - neue Kriterien dafür zu finden, welche Merkmale des Straftatbestandes als besondere persönliche und welche als sachlich anzusehen waren.

a) Abgrenzung vom geschützten Rechtsgut her

Vereinzelte ist versucht worden, den Begriff der besonderen persönlichen Merkmale von dem geschützten Rechtsgut her zu bestimmen. Insbesondere PIOTET glaubt, auf diesem Wege eine Definition geben zu können. Sein Ausgangspunkt ist dabei, daß das Wesen des Verbrechens allein durch die Rechtsgutverletzung oder -gefährdung bestimmt wird. Verbrechensmerkmale, deren Verwirklichung gewisse Rechtsgüter verletzt oder bedroht, bezeichnet er als sachliche Merkmale. Persönliche Merkmale seien dagegen all jene Verbrechensmerkmale, die sich nicht auf die Verletzung oder Bedrohung eines Rechtsgutes beziehen. Von diesen wiederum seien zu unterscheiden die allgemeinen persönlichen Merkmale, die bei jedem Verbrechen vorliegen, nämlich die Elemente der Vorwerfbarkeit. Besondere persönliche Merkmale seien dagegen nur gewissen Delikten zu eigen und ließen sich wiederum in zwei Gruppen einteilen: in besondere subjektive, wozu Vorsatz, Fahrlässigkeit, Absichten, Handlungstendenzen und Gesinnungsmerkmale zählen, und in besondere objektive, worunter u. a. die uneheliche Mutterschaft in § 217 StGB falle.¹

1) PIOTET, ZStW 69, 17 f.

An diesen Überlegungen ist sicherlich richtig, daß gerade die Rechtsgutsverletzung bzw. -gefährdung unmittelbares Resultat der Täteraktivität ist. Umgekehrt ausgedrückt: Der tatbestandlich beschriebene äußere Handlungsablauf hat regelmäßig eine Verletzung oder Bedrohung des geschützten Rechtsgutes zur Folge. Jedenfalls dieser Teil der im Tatbestand beschriebenen Handlung kann deshalb nicht ein besonderes persönliches Merkmal sein, weil er überhaupt Voraussetzung eines strafrechtlich relevanten Vorgangs ist. Wohl kaum haltbar ist dagegen - jedenfalls für das geltende Recht - die These, allein die Rechtsgutsverletzung bestimme das Wesen des Verbrechens. Es reicht ein Blick auf den Mordtatbestand, um sie zu widerlegen. Unhaltbar ist m. E. auch die These, daß besondere persönliche Merkmale sich niemals auf die Rechtsgutsverletzung beziehen können. Die Beamteneigenschaft bei den echten und unechten Beamtendelikten ist unzweifelhaft der Prototyp eines besonderen persönlichen Merkmals. Daß sich die Beamteneigenschaft auf das geschützte Rechtsgut - Sauberkeit der Amtsführung - bezieht, ist offensichtlich. Im Prinzip richtig ist weiterhin, wie noch zu zeigen sein wird¹, die Unterscheidung zwischen allgemeinen und besonderen persönlichen Merkmalen. Unbestreitbar dürfte jedoch sein, daß entgegen seiner Einteilung Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht zu den besonderen (subjektiven) persönlichen Merkmalen gehören. Diese sind vielmehr, je nach dogmatischem Standpunkt, entweder im Bereich der Vorwerfbarkeit, und damit bei den allgemeinen persönlichen Merkmalen, oder aber im Bereich der Handlung, und damit bei den sachlichen Merkmalen einzuordnen. Insgesamt kann somit festgestellt werden, daß hier zwar ein richtiger Aspekt erkannt worden ist, daß aber von dem geschützten Rechtsgut her auch nicht annähernd eine befriedigende Definition gegeben werden kann.

1) Vgl. unten E II 1 und 2.

b) Tatbezogene und täterbezogene Merkmale

Wesentlich brauchbarer erweist sich dagegen die nunmehr im Schrifttum fast einhellig vertretene Abgrenzungsformel. Diese lautet dahingehend, daß für die Bestimmung der besonderen persönlichen Merkmale nicht der Gegensatz "dauernd" - "vorübergehend", sondern "persönlich" - "tatmäßig" entscheidend sei. Tatgebundene, tatmäßige oder tatbezogene Tatbestandsmerkmale seien im Bereich der Teilnahme akzessorisch zu behandeln, tätergebundene, höchstpersönliche oder täterbezogene unterlägen demgegenüber als besondere persönliche Merkmale dem Regime des § 28 StGB.¹ Diese relativ einfache und gerade deshalb bestechende Definition brachte jedoch nur ein Abgrenzungskriterium, das zwar in aller Regel, aber eben doch nicht in allen Fällen eindeutige Ergebnisse lieferte. Drei Schwierigkeiten sind es vor allem, die das Arbeiten mit dieser Formel erschweren. Zum einen kann oftmals nicht eindeutig geklärt werden, ob ein Merkmal tat- oder täterbezogen ist, was sich denn auch in unterschiedlichen Meinungen hinsichtlich einzelner Tatbestandsmerkmale dokumentiert. Zum anderen ist weiterhin die Frage offen, ob nur dann ein besonderes persönliches Merkmal vorliegt, wenn das Tatbestandsmerkmal rein täterbezogen ist oder ob es ausreicht, wenn dieser Charakter überwiegt. Und schließlich kommt die h. L. mit jenen Absichten in Schwierigkeiten, deren nichtakzessorische Behandlung zweifellos zu unberechtigten Strafbarkeitslücken führen würde. Obwohl diese Absichten m. E. prima facie täterbezogen sind, werden sie dennoch - ergebnisorientiert - als tatbezogen behandelt. Tatbezogen seien sie deshalb, weil sie nur an Stelle eines objektiven Merkmals stünden.²

-
- 1) Z. B. WELZEL, Strafrecht, S. 121 und 285 sowie JZ 52, 72, 75; MAURACH, AT, S. 714 und JuS 69, 249, 253; MEZGER, LK, § 50 Anm. B 10; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 50 Rdn. 15 e.
2) DREHER, § 50 Anm. 3; MEZGER-BLEI, Strafrecht I, S. 286; MAURACH, AT, S. 714; BGHSt. 22, 375, 380

3. Die neuere Rechtsprechung

Weit weniger einheitlich als das Schrifttum erweist sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Die Entscheidung, ob im Einzelfall besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse vorlagen, erfolgte mehr oder minder ad hoc und ohne durchgehendes Konzept.

So verneinte beispielsweise der Erste Strafsenat in einem Urteil aus dem Jahre 1952¹, daß das Mordmerkmal "heimtückisch" besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse beim Täter kennzeichne, u. a. unter Berufung auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone. Dieser aber ging bei seiner Definition immer noch entscheidend vom Wortlaut und damit von dem formalen Element der "Dauer" aus, wenn auch bereits bei der Argumentation mit herangezogen wurde, daß der Schwerpunkt bei der Heimtücke auf der Begehungsweise liege.² Der Zweite Strafsenat versuchte dagegen im Jahre 1953 eine Abgrenzung von der Rechtsgutsverletzung her. Während das Reichsgericht das Merkmal der "Gewerbsmäßigkeit" noch deshalb der Regie des § 50 StGB a. F. unterstellt hatte, weil es den Charakter des Dauernden, Zuständlichen an sich trage³, begründete der Zweite Strafsenat es im Rahmen des § 260 StGB damit, daß auch dann, wenn der Täter gewerbsmäßig handle, gegenüber der einfachen Hehlerei kein neues Rechtsgut verletzt werde.⁴

Besonders deutlich zeigte sich die Unsicherheit bei der Rechtsprechung zum Tatbestandsmerkmal "bandenmäßig" in § 401 b Abs. 2 Nr. 1 RAO a. F. (bandenmäßiger Schmuggel). Der Erste Strafsenat verneinte im Jahre 1954 insoweit das Vorliegen eines besonderen persönlichen Merkmals, weil der

1) BGHSt. 2, 251, 255 f.

2) OGHSt. 1, 95, 103; 321, 329

3) Vgl. Fußn. 4 S. 9.

4) BGHSt. 4, 41, 43

Grund der Strafschärfung nicht in einem besonderen persönlichen Verhältnis zu den anderen Bandenmitgliedern, sondern in der besonderen Gestaltung der Tat und damit ihrer Gefährlichkeit liege.¹ Ebenso entschied der Zweite Strafsenat ein knappes Jahr später, weil das Schergewicht der bandenmäßigen Begehung nicht in den persönlichen Beziehungen der Beteiligten, sondern in der objektiven Gefährlichkeit der Tatausführung liege.² In der richtigen Erkenntnis, daß das Merkmal "bandenmäßig" sowohl sachliche als auch persönliche Elemente enthält, wurde hier zum ersten Male das Ergebnis expressis verbis durch Abwägung gewonnen. Auch der Dritte Strafsenat kam in einem wenige Monate später ergehenden Urteil für die bandenmäßige Begehung des Diebstahls (§ 243 Abs. 1 Nr. 6 StGB a. F.) zu dem gleichen Ergebnis. Bedauerlicherweise akzeptierte er aber nicht die kurz vorher vom Zweiten Strafsenat formulierte Erkenntnis, wonach zuweilen eine Abwägung geboten sein kann. Er behauptete vielmehr, § 50 Abs. 2 StGB a. F. sei nur dann anwendbar, wenn ein Tatbestandsmerkmal ausschließlich personalen Charakter habe.³ Umso verwunderlicher war es denn, daß der Große Senat im Jahre 1958 diese "ständige Rechtsprechung" aufgab und das genaue Gegenteil entschied. Nunmehr wurde die bandenmäßige Begehung des Schmuggels deshalb als persönlicher Strafschärfungsgrund angesehen, weil die höhere Strafe jeden, aber auch nur den treffen solle, der zu der größeren Gefährlichkeit des Delikts durch persönliches Mitwirken beigetragen habe.⁴

Im Jahre 1962 mußte allerdings auch der Dritte Strafsenat⁵

1) BGHSt. 6, 260, 262

2) BGHSt. 8, 70, 72

3) BGHSt. 8, 205, 209

4) BGHSt. 12, 220, 226. In der Entscheidung wird allerdings nicht ganz deutlich, ob nun § 50 Abs. 2 a. F. direkt oder analog anzuwenden sei.

5) Entgegen BGHSt. 8, 209 und mit BGHSt. 8, 72.

anerkennen, daß im Einzelfall besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse sowohl sachliche (die Tat kennzeichnende) als auch persönliche (den Täter kennzeichnende) Elemente haben können. In seiner Entscheidung hatte er zu dem Merkmal der verfassungsfeindlichen Absicht i. S. des § 94 StGB a. F. Stellung zu nehmen. Diesmal judizierte er, ein Tatbestandsmerkmal könne nur dann unter § 50 Abs. 2 StGB a. F. fallen, wenn es überwiegend den Täter kennzeichne, dies aber sei bei der verfassungsfeindlichen Absicht nicht der Fall.¹ Genaugenommen hatte der Dritte Strafsenat jedoch eine Abwägung nur vorgetäuscht; denn mit seiner Feststellung, bloße Beweggründe, Absichten und ähnliche innere Merkmale würden im allgemeinen weniger den Täter als die Tat charakterisieren, bezog er sich zu Unrecht auf eine Entscheidung des Zweiten Strafsenats aus dem Jahre 1951.²

Nachdem die Novelle des Jahres 1968 eine Regelung auch bezüglich der strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmale gebracht hatte, dauerte es nicht lange, bis sich der Bundesgerichtshof mit der Frage auseinanderzusetzen hatte, ob und welche Mordmerkmale hierunter fallen. Konnte er bislang unter Berufung auf seine ständige Rechtsprechung, wonach die Mordmerkmale strafbegründend seien, einer Entscheidung ausweichen, war ihm nunmehr dieser Weg versperrt. So mußte im Jahre 1969 erstmals³ der Fünfte Strafsenat dazu Stellung nehmen, ob die "niedrigen Beweggründe" beim Mord als besondere persönliche Merkmale anzusehen sind. Dieser unterstrich zwar erneut den eigenständigen Charakter des Mordtatbestandes, so daß von

1) BGHSt. 17, 215, 217. Im Ergebnis ist der Entscheidung aber deshalb zuzustimmen, weil der BGH davon ausging, daß die Absicht nur i. S. von direktem Vorsatz zu verstehen sei, a. a. O. S. 217 f.

2) BGHSt. 1, 368

3) Vorher schon KG, JR 69, 64.

4) BGHSt. 22, 375, 377

vornherein allenfalls eine Anwendung des § 50 Abs. 2 StGB n. F. in Frage kam. Entscheidende Neuerung war jedoch, daß sich der Bundesgerichtshof hier erstmals voll jener inzwischen h. L. anschloß, die nach "täterbezogenen" und "tatbezogenen" Merkmalen abgrenzt. Der Gegensatz zu den "besonderen persönlichen Merkmalen" liege in solchen Tatumständen, die nicht zur Person des Täters, sondern zur äußeren Mordtat selbst gehören, wie z. B. die Verwendung von gemeingefährlichen Mitteln. Hiernach aber seien die niedrigen Beweggründe zu den besonderen persönlichen Merkmalen zu rechnen, denn ein Motiv liege in der Person des Täters und nirgends anders.¹

1) BGHSt. 22, 375, 378

D. DIE MORDMERKMALE SOWIE DIE §§ 216, 217 STGB IN DER
NEUEREN LITERATUR UND RECHTSPRECHUNG

I. DIE RECHTSNATUR DER EINZELNEN MERKMALE

Abgesehen von einer extremen Meinung SCHRÖDERS¹, werden heute zur Rechtsnatur der Merkmale des Mordes sowie der §§ 216, 217 StGB im wesentlichen drei Auffassungen vertreten. Genau wie bei den besonderen persönlichen Merkmalen beruhen auch hier die divergierenden Auffassungen letztlich auf einem unterschiedlichen Verständnis des Schuldbegriffs.

Zu nennen wäre zunächst die Theorie, bei sämtlichen Mordmerkmalen - also auch bei den sogenannten Begehungsmerkmalen - und bei den Merkmalen der §§ 216, 217 StGB handele es sich um Schuldmerkmale. Soweit ersichtlich, wird diese "einheitliche Schuldtheorie" nur von LANGE vertreten. Nach seiner Ansicht ergibt eine Analyse der einzelnen Tatbestandsmerkmale, die eine vorsätzliche Tötung als Mord qualifizieren, daß stets nicht nur die Tat und der Unrechtsgehalt, sondern auch die Persönlichkeit des Täters und seine Schuld charakterisiert werden. Gleiches gelte für die §§ 216 und 217 StGB. Bei den Mordmerkmalen handele es sich durchgehend um typisierte Schuldmerkmale, bei den Merkmalen der §§ 216, 217 StGB dagegen um typisierte Schuldmerkmale.² Vertreter der Gegenmeinung sind naturgemäß diejenigen, die im Bereich der Tatbestandsmäßigkeit das Vorliegen von Schuldmerkmalen - und seien es auch typisierte - verneinen. Für sie handelt es sich bei sämtlichen Mordvarianten und bei den Merkmalen der §§ 216, 217 StGB um "echte Tatbestandsmerkmale", d. h.

1) Vgl. unten G I 1 a.

2) LANGE, JR 49, 165, 168 ff.; ebenso KOHLRAUSCH-LANGE, § 50 Anm. III und § 211 Anm. XI.

entweder um sachliche oder um personale Unrechtselemente.¹ Als Repräsentanten einer Mittelmeinung sind dagegen diejenigen anzusehen, die im Bereich der Tatbestandsmäßigkeit Schuldmerkmale für möglich halten. Nach ihnen gibt es bei den vorsätzlichen Tötungsdelikten sowohl Unrechtsmerkmale als auch typisierte Schuldmerkmale.²

Es ist nicht zu verkennen, daß die "einheitliche Schuldtheorie" LANGES prima facie einen gewichtigen Vorteil hat. Da alle Merkmale der vorsätzlichen Tötungsdelikte typisierte Schuldmerkmale sind, andererseits aber auch die besonderen persönlichen Merkmale als typisierte Schuldmerkmale definiert werden, sind die Teilnahmeprobleme radikal vereinfacht: § 28 StGB findet bei allen Merkmalen Anwendung. Ein näheres Hinsehen zeigt jedoch, daß diese Theorie jedenfalls an dem Mordmerkmal "mit gemeingefährlichen Mitteln" scheitert. Nach LANGE handelt es sich auch hier deshalb um ein Schuldmerkmal, weil das Moment der Gefährlichkeit des Täters im Vordergrund stehe. Dieses Argument ist m. E. nicht überzeugend. Einheitliches Rechtsgut aller Tötungsdelikte ist unbestritten das menschliche Leben. Dieses kann allenfalls in besonderer Weise verletzt oder gefährdet werden. Im Gegensatz zur "einfachen" vorsätzlichen Tötung, die ohnehin Grundvoraussetzung sämtlicher vorsätzlicher Tötungsdelikte ist, geschieht genau dies bei der Tötung "mit gemeingefährlichen Mitteln". Eine stärkere Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung hat aber primär nicht einen erhöhten Schuldvorwurf, sondern erhöhtes Unrecht zur Folge.³ Aber auch

1) Z. B. WELZEL, JZ 52, 72, 74; MAURACH, JuS 69, 249, 253.

2) So ENGISCH, GA 55, 161, 166 und GALLAS, Sonderheft S. 32 Fußn. 45.

3) Ähnlich BLAUTH, S. 94, der darauf hinweist, daß LANGES Ansicht letztlich die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld überhaupt verwischen würde, zumal aus allen sachlichen Erschwerungsgründen auf eine verwerfliche Gesinnung des Täters geschlossen werden kann.

die Gegenmeinung gerät in Konflikt zumindest mit dem natürlichen Verständnis von Schuld als individueller Vorwerfbarkeit. Gerade die Motivationen und Absichten des Mordtatbestandes sind ein Beispiel dafür, daß im Bereich der Tatbestandsmäßigkeit nicht nur Unrecht, sondern auch Schuld i. S. von Vorwerfbarkeit beschrieben werden kann. Dies läßt sich nur dann leugnen, wenn unter Schuld ausschließlich jenes allgemeine Verbrechenmerkmal verstanden wird, dessen Prüfung erst aktuell werden kann, wenn feststeht, daß Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit erfüllt sind.¹ Legt man jedoch nicht einen so engen, technischen Schuldbegriff zugrunde, so besteht wohl kein Zweifel, daß durch einen Mord "aus niedrigen Beweggründen" das geschützte Rechtsgut Leben keineswegs stärker verletzt oder bedroht wird. Dann beruht insoweit die erhöhte Strafdrohung gegenüber der "einfachen" vorsätzlichen Tötung nicht auf erhöhtem Unrecht, sondern auf erhöhtem Schuldvorwurf. Zusammenfassend läßt sich deshalb sagen, daß die vorsätzlichen Tötungsdelikte des geltenden Rechts sowohl typisierte Schuldmerkmale als auch Unrechtsmerkmale aufweisen. Unrechtsmerkmale sind diejenigen Tatumstände, die eine besondere Rechtsgutverletzung oder -bedrohung beschreiben, typisierte Schuldmerkmale diejenigen, die das geschützte Rechtsgut nicht über das ohnehin notwendige Maß hinaus tangieren.

II. DIE KONKRETE EINORDNUNG DER EINZELNEN MERKMALE

Im folgenden soll nun ein kurzer Überblick über die Einstufung der einzelnen Mordmerkmale sowie der Merkmale der §§ 216, 217 StGB gegeben werden. Dabei soll im wesentlichen nur auf diejenigen Äußerungen in Literatur und Rechtsprechung näher eingegangen werden, bei denen - unabhängig von der Rechtsnatur der einzelnen Tatbestandsmerkmale - die Abgrenzung nach dem Gegensatzpaar

1) So offensichtlich MAURACH, JuS 69, 249, 253.

"tatbezogen" und "täterbezogen" vorgenommen wird. Es wird sich zeigen, daß gerade die Mordmerkmale die oben bereits angedeuteten Schwächen dieser Abgrenzungsformel offenlegen.

1. Die Mordmerkmale (§ 211 Abs. 2 StGB)

a) Die "Motivmerkmale" der ersten Gruppe

"Aus Mordlust" tötet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wer aus unnatürlicher Lust an der Vernichtung eines Menschenlebens handelt.¹ Dieses Merkmal spielt in der Praxis die denkbar geringste Rolle, weshalb es - soweit ersichtlich - nur von MAURACH einer speziellen Untersuchung unterzogen wird.² Ähnliches gilt von dem Merkmal "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes", obwohl ihm eine größere praktische Bedeutung zukommt. Nach dem Bundesgerichtshof ist es dann erfüllt, wenn die geschlechtliche Befriedigung im Töten selbst oder nach dem Töten (an der Leiche) gesucht wird.³ Im Gegensatz zu den beiden eben genannten Mordmodalitäten ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Begriff der "Habgier" nicht unwidersprochen geblieben. Ein Teil der Literatur versteht darunter nicht wie der Bundesgerichtshof jede ungezügelte Begier nach Besitz⁴, sondern verlangt ein über die Gewinnsucht hinaus gesteigertes abstoßendes Gewinnstreben um jeden Preis.⁵ Für die Beurteilung der Mordmerkmale im Hinblick auf § 28 StGB spielt dieser Streitpunkt jedoch keine wesentliche Rolle, zumal allgemein anerkannt wird, daß die genannten drei Motivationen nur Illustrationsbeispiele der General-

1) BGH NJW 53, 1440 (Leitsatz)

2) MAURACH a. a. O.

3) BGHSt. 7, 353

4) BGHSt. 10, 399 (Unterhaltsverpflichtung)

5) Z. B. DREHER, § 211 Anm. 1 B a und v. WEBER, SJZ 49, Sp. 59.

klausel "aus niedrigen Beweggründen" darstellen.¹ Niedrig aber ist nach der bekannten Definition jeder Beweggrund, der nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert ist und auf tiefster Stufe steht.² Im Schrifttum ist man sich denn auch weitgehend einig, daß die Motivmerkmale der ersten Gruppe gleich zu behandeln sind. Insoweit handele es sich durchgehend und eindeutig nicht um tatmäßige, sondern um rein persönliche Erschwerungsgründe. Nicht die Ausführung der Tat, sondern der Täter werde hier beschrieben. Die Motivmerkmale seien nicht tatbezogen, sondern täterbezogen und deshalb sämtlich als besondere persönliche Merkmale anzusehen.³

Lediglich DREHER glaubt, unter Berufung auf die mehrfach erwähnte Stellungnahme des Generalbundesanwalts⁴ auch innerhalb der ersten Gruppe noch differenzieren zu müssen. Als täterbezogen könnten nur diejenigen "niedrigen Beweggründe" angesehen werden, die nicht in einer Absicht bestünden, die außerhalb des Tatbestandes auf Verwirklichung in der Außenwelt zielt. Aus dem gleichen Grunde seien auch die Motivmerkmale "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes" und "aus Habgier" entgegen der h. M. tatbezogen. DREHER gibt zwar zu, daß ein Motiv stets in der Person des Täters liegt, weist jedoch darauf hin, daß dieses auch für den Vorsatz und für jene Absichten gelte, die nichts anderes als eine qualifizierte Form des Vorsatzes darstellen. Letztere müßten jedoch unzweifelhaft akzessorisch behandelt werden und demgemäß auch als tatbezogen angesehen werden.⁵

1) Vgl. MAURACH, JuS 69, 249, 254.

2) BGHSt. 3, 132

3) Z. B. WELZEL, Strafrecht, S. 121 und 285; MAURACH, JuS 69, 249, 253 und BT, S. 37; MEZGER-BLEI, Strafrecht II, S. 20; SCHAEFER, LK, § 211 Anm. IV 2; (für niedrige Beweggründe) KOPFKA, JR 69, 41 f. und JAKOBS, NJW 69, 489, 493.

4) NJW 69, 1157, 1158

5) DREHER, § 211 Anm. 4 und § 50 Anm. 3 C; derselbe in JR 70, 146, 147 f.

Ein weniger geschlossenes Bild bietet wiederum die Rechtsprechung. Ausgangspunkt der unterschiedlichen Entscheidungen war zunächst jenes Urteil des Dritten Strafsenats aus dem Jahre 1962, das sich mit der verfassungsfeindlichen Absicht i. S. des § 94 StGB a.F. auseinanderzusetzen hatte. Dort wurde in einem obiter dictum ausgeführt: "Dagegen charakterisieren bloße Beweggründe, Absichten und ähnliche innere Merkmale im Gesamtbild im allgemeinen weniger den Täter als die Tat; so fällt nach Ansicht des Bundesgerichtshofs das in § 211 StGB aufgeführte Mordmerkmal des niedrigen Beweggrundes (BGHSt. 1, 368) nicht unter § 50 Abs. 2 StGB, weil es in erster Linie die Tat als besonders schwer erscheinen läßt, mag es mitunter außerdem auch den Charakter des Täters beleuchten."¹ Die Bezugnahme auf BGHSt. 1, 368 war jedoch falsch; dort stand jenes gerade nicht. Bedauerlich war es denn auch, daß das Kammergericht im Jahre 1969 unter Berufung auf das Urteil des Dritten Senats nochmals im gleichen Sinne entschied.² Dennoch muß der Beschluß des Kammergerichts als auslösendes Moment für die Abkehr von dieser Rechtsprechung angesehen werden. Dieser war nämlich Anlaß zu einem bemerkenswerten Aufsatz KOFFKAS, in dem nicht nur die Inanspruchnahme von BGHSt. 1, 368 als unberechtigt aufgedeckt, sondern auch die Täterbezogenheit des niedrigen Beweggrundes mit der lapidaren Feststellung begründet wurde, ein Motiv liege in der Person des Täters und nirgends anders.³ Dieser Aufsatz hat seine Wirkung auf das wenige Monate später ergangene, schon mehrfach angesprochene Verjährungsurteil⁴ des Fünften Strafsenats nicht verfehlt, was sich u. a. durch eine wörtliche Zitierung KOFFKAS ausdrückt. Das Novum an

1) BGHSt. 17, 215, 217

2) KG, JR 69, 64

3) KOFFKA, JR 69, 41, 42

4) BHGSt. 22, 375, 378

dieser Entscheidung war jedoch nicht nur, daß der Bundesgerichtshof nunmehr die "niedrigen Beweggründe" - mit KOFFKA - eindeutig als "täterbezogen" bezeichnete, sondern auch die beiläufige Bemerkung zu jenen Absichten, die anerkanntermaßen nicht der Regie des § 28 StGB unterfallen sollen. Er löste den Konflikt mit der Behauptung, diese seien deshalb "tatbezogen", weil sie - wie z. B. die Zueignungsabsicht beim Diebstahl - zum Zwecke des vorgezogenen Rechtsschutzes an Stelle eines entsprechenden objektiven Tatbestandsmerkmals stünden.¹ Der Gedanke des vorgezogenen Rechtsgüterschutzes ist zwar im Ergebnis richtig², dennoch mutet es befremdlich an, daß ein subjektives Merkmal einmal täterbezogen, ein andermal tatbezogen sein soll - wiederum ein Indiz dafür, daß die Abgrenzungsformel der h. M. nicht richtig ist.

b) Die "Begehungsmerkmale" der zweiten Gruppe

Im Gegensatz zu den Motivmerkmalen sieht die h. M. in den angeblichen Begehungsmerkmalen der zweiten Gruppe keine besonderen persönlichen Merkmale. Diese Gruppe beschreibe primär die Art und Weise der Tatausführung und sei deshalb tatbezogen.³

aa) Soweit die Qualifikation "mit gemeingefährlichen Mitteln" in Frage steht, erscheint jene Argumentation zwingend. Dies gilt zumindest dann, wenn das Mordmerkmal

1) BGHSt. 22, 375, 380

2) Vgl. unten E II 2 a aa.

3) Z. B. WELZEL, Strafrecht, S. 121 und 285; Mezger-BLEI, Strafrecht II, S. 20; SCHAEFER, LK, § 211 Anm. IV 2; MAURACH, BT, S. 37; derselbe zweifelnd für "grausam" und "heimtückisch" in JuS 69, 249, 255 f. und AT, S. 717; BGHSt. 23, 103, 105 (für Heimtücke); BGH bei DALLINGER, MDR 70, 383 (für Grausamkeit). A. A. (für "grausam") CLASS, NJW 49, 83, 85 und FIGGE, MDR 48, 184, 185; (ohne Begründung für "heimtückisch" und "grausam") SCHÄFER, Niederschriften, S. 87.

eine rein objektive Deutung erfährt: Gemeingefährlich ist ein Mittel, wenn es unkontrollierbar ist und deshalb für eine unbestimmte Anzahl anderer Personen Gefahr mit sich bringt. Weit überwiegend ist jedoch anerkannt, daß die Gemeingefährlichkeit eines Mittels nicht losgelöst von der Person des Handelnden bestimmt werden kann, sondern nur durch Abstellen auf dessen intellektuell-technisches Vermögen.¹ Damit aber zeigt sich, daß selbst dieses Lehrbeispiel einer rein tatgebundenen Qualifikation eben doch auch eine täterbezogene Komponente aufweist. Noch gewichtiger wird diese täterbezogene Komponente, wenn man mit LANGE nicht die objektive Gefährlichkeit des Mittels, sondern die in der Handlungsweise zum Ausdruck kommende erhöhte Gefährlichkeit des Täters in den Vordergrund stellt.² Aus alledem folgt, daß selbst bei diesem angeblich rein tatbezogenen Merkmal nach der gängigen Formel die richtige Einordnung nur lauten kann: zwar auch täterbezogen, aber überwiegend tatbezogen.

bb) Ähnliches gilt für die "heimtückische" Tötung. Dieses Merkmal läßt sich mit der h. M. eigentlich nur dann als tatgebunden bezeichnen, wenn seine Definition ohne subjektive Momente auskommt: Tötung unter Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit. Rechtsprechung und Literatur verlangen jedoch aus gutem Grunde nicht nur die Feststellung der genannten Begehungsweise, sondern zusätzlich eine feindliche Willensrichtung gegenüber dem Opfer.³ Mit Recht bezeichnet es daher MAURACH als inkosequent, daß die h. M. zwar die Täterpersönlichkeit ins Spiel

1) Vgl. dazu MAURACH, JuS 69, 249, 255 m. w. N.

2) LANGE, JR 49, 165, 170

3) Für die Literatur vgl. statt vieler SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 211 Rdn. 14 a m. w. N. Für die Rechtsprechung vgl. BGHSt. (GrS) 9, 385, 390. Zur Entwicklung allgemein vgl. HASSEMER, JuS 71, 628 f. Die teilweise geforderte verwerfliche Gesinnung ist von BGHSt. (GrS) 11, 139, 143 abgelehnt worden.

bringt, aber dennoch "Heimtücke" zu den tatbezogenen Merkmalen rechnet.¹ Auch hier kann also allenfalls von einer überwiegenden Tatbezogenheit gesprochen werden. Anders als bei dem vorher behandelten Begehungsmerkmal erscheint es hier jedoch äußerst fraglich, ob die tatbezogene Komponente überwiegt. Richtig erscheint vielmehr, daß beide Komponenten zumindest gleichgewichtig sind und deshalb eine eindeutige Einordnung nicht möglich ist. Selbst MAURACH scheint aber im Endergebnis das personen-gebundene Moment im Interesse einer klaren Einordnung zu vernachlässigen, weil hier zwar eine feindliche Willensrichtung, "aber eben kein Gesinnungsmerkmal" verlangt werde.² Die innere Rechtfertigung dieser Unterscheidung ist jedoch schwerlich zu erkennen. Genau wie ein Motiv oder eine Gesinnung liegt eben auch eine sonstige tatbegleitende Willensrichtung in der Person und nirgends anders.

cc) Besonders problematisch erweist sich die h. M. jedoch bei dem Mordmerkmal "grausam". Hier bestehen in Rechtsprechung und Literatur kaum mehr Zweifel daran, daß die objektive Tatausführung allein nicht maßgebend sein kann. Das Zufügen besonderer Schmerzen oder Qualen muß vielmehr aufgrund einer gefühllosen, unbarmherzigen Gesinnung erfolgen.³ Insoweit kann dann auch nicht bestritten werden, daß diese Gesinnung - für sich betrachtet - täterbezogen ist. Die Vernachlässigung der personengebundenen zugunsten der tatgebundenen Komponente erscheint noch weniger vertretbar als bei der "Heimtücke", zumal hier von einem Überwiegen des Tatmäßigen gewiß nicht mehr gesprochen

1) MAURACH, JuS 69, 249, 256

2) MAURACH a. a. O.

3) Für die Literatur vgl. wiederum SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 211, Rdn. 17. Für die Rechtsprechung vgl. BGHSt. 3, 180; 3, 264.

werden kann. Die Grundkonzeption des Mordtatbestandes, die ganz wesentlich auf ethische Gesichtspunkte abstellt, legt vielmehr nahe, daß das Schwergewicht nicht auf die objektive Tatausführung, sondern auf das Gesinnungsmoment zu legen ist. Jedenfalls kann weder aus dem Wort "grausam" noch aus seiner systematischen Stellung innerhalb der angeblichen Begehungsmerkmale etwas für oder gegen die Zuordnung gewonnen werden. Auch das Mordmerkmal "grausam" ist deshalb janusköpfig; die Einordnung als tatbezogen erscheint noch weniger gerechtfertigt als bei der "Heimtücke".

c) Die "Absichtsmerkmale" der dritten Gruppe

Die Absichtsmerkmale der dritten Gruppe sollen dagegen nach Überwiegender Ansicht wieder täterbezogen und damit besondere persönliche Merkmale sein.¹ Auch dieses Ergebnis erscheint auf den ersten Blick systemwidrig, da ansonsten sowohl der Vorsatz als auch die Absichten im Sinne überschließender Innentendenz - wie z. B. die Zueignungsabsicht beim Diebstahl oder die Täuschungsabsicht bei der Urkundenfälschung - als tatbezogen angesehen werden. Diese angebliche Systemwidrigkeit ist es denn auch, die DREHER veranlaßt, die Absichtsmerkmale entgegen der nahezu einhelligen Ansicht in Literatur und Rechtsprechung akzessorisch zu behandeln. Noch deutlicher als "Habgier" sei die Absicht, "eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken", auf Verwirklichung eines außerhalb des Tatbestandes liegenden Erfolges in der Außenwelt gerichtet. Es bestehe daher kein Grund, diese Absicht anders zu behandeln als sonst auch, nämlich als

1) WELZEL, Strafrecht, S. 121 und 285; MEZGER-BLEI, Strafrecht II, S. 20; SCHAEFER, LK, § 211 Anm. IV 2; MAURACH, BT, S. 37; derselbe AT, S. 717 m. w. N. sowie JuS 69, 249, 254 f. ; BGHSt. 23, 39 (für Verdecken)

tatbezogen¹. Die h. M. muß sich den Vorwurf der Systemwidrigkeit allerdings nur dann gefallen lassen, wenn kein sachlicher Grund dafür besteht, die Absichten des § 211 Abs. 2 StGB anders zu behandeln. Ein solcher läßt sich aber durchaus erkennen. Entsprechend der ethisierenden Grundkonzeption des Mordtatbestandes steht nämlich auch hier nicht so sehr die Absicht, einen weiteren Erfolg in der Außenwelt zu erreichen, im Vordergrund, sondern vielmehr die Verwerflichkeit des Motivs. Wenn der Täter bereit ist, um anderer strafbarer Ziele willen über Leichen zu gehen, so dokumentiert er damit die Verwerflichkeit seiner Gesinnung²; er handelt aus niedrigen Beweggründen. Wenn aber die Absichtsmerkmale der dritten Gruppe letztlich anderen niedrigen Beweggründen i. S. der Generalklausel gleichstehen³, ist es keineswegs systemwidrig, sie entgegen der Regel als täterbezogen und damit als besondere persönliche Merkmale anzusehen.

2. Die Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)

Umstritten war und ist bei dem Tatbestand der Tötung auf Verlangen in erster Linie die Frage, ob es sich insoweit um ein Sonderdelikt oder lediglich um eine Privilegierung des Totschlags handelt. Hierauf und auf die unterschiedlichen Folgen für die Teilnahme wird noch näher einzugehen sein.⁴ Zu der Frage, ob auch der Tatbestand des § 216 StGB ein akzessorietätslockerndes besonderes persönliches Merkmal enthält, finden sich dagegen in der höchst-richterlichen Rechtsprechung - soweit ersichtlich -

1) DREHER, § 50 Anm. 3 und § 211 Anm. 4 sowie JZ 70, 147 f. Gegen die h. M. auch (ohne nähere Begründung) SCHÄFER, Niederschriften, S. 87.

2) So KOHLRAUSCH-LANGE, § 211 Anm. VIII 8.

3) So BGHSt. 23, 39.

4) Siehe unten G I 2.

überhaupt keine und in der Literatur nur vereinzelte Stellungnahmen. Die h. L. - falls angesichts des "Mangels" von einer solchen gesprochen werden kann - bejaht diese Frage, wobei allerdings eine nähere Begründung meist nicht gegeben wird.¹ Eine solche bietet eigentlich nur SCHRÖDER, der aber zu einer akzessorischen Behandlung gelangt. Die Anwendung des § 28 StGB hängt seiner Ansicht nach davon ab, ob § 216 StGB eine Reduzierung des Unrechts oder eine Privilegierung wegen der besonderen Motivation normieren will. Da auch eine Unrechtsminderung nicht auszuschließen sei, lehnt er die Anwendung des § 28 StGB im Ergebnis ab.²

3. Die Kindestötung (§ 217 StGB)

Die besondere Situation der unehelichen Mutter bei der Kindestötung ist eines der wenigen Merkmale der vorsätzlichen Tötungsdelikte, das einhellig als besonderes persönliches Merkmal angesehen wird³. Wie noch zu zeigen sein wird, hat sich aber vor allem die Rechtsprechung eine einfache Lösung der Teilnahmeprobleme dadurch verbaut, daß sie auch die Kindestötung zum Sonderdelikt erklärt hat.

1) Z. B. WELZEL, Strafrecht, S. 285; unklar MAURACH, BT, S. 40.

2) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 216 Rdn. 16

3) Z. B. WELZEL, Strafrecht, S. 287; MAURACH, BT, S. 44; SCHÄFER, LK, § 217 Anm. V; DREHER, § 217 Anm. 4; LANGE, JR 49, 165, 168 und KOHLRAUSCH-LANGE, § 217 Anm. II (aber "einheitliche Schuldtheorie!"); RGSt. 72, 373, 374; 74, 84, 86.

E. DEFINITION DER BESONDEREN PERSÖNLICHEN MERKMALE VON
DER STRUKTUR DER VORSÄTZLICHEN STRAFTAT HER

I. DIE NOTWENDIGKEIT EINER NEUEN BEGRIFFSBESTIMMUNG

Der kurze Überblick über die Behandlung der Mordqualifikationen und der Merkmale der §§ 216, 217 StGB zeigt m.E. deutlich, daß bislang noch keine verlässliche Definition der besonderen persönlichen Merkmale gefunden ist. Insbesondere mit der so einfachen und einleuchtenden Unterscheidung zwischen tatbezogenen und täterbezogenen Merkmalen ist letztlich nur ein Scheinerfolg errungen. Damit soll allerdings nicht gesagt werden, daß durch diese Abgrenzung das Wesen jener Merkmale überhaupt nicht getroffen ist. Im Gegenteil: Die Formel "funktioniert" in vielen Fällen einwandfrei. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß oftmals eine klare Einordnung nicht möglich ist, weil das zu prüfende Tatbestandsmerkmal sowohl täterbezogene als auch tatbezogene Elemente aufweist. Eine Definition aber, die in einer Vielzahl von Fällen das Ergebnis letztlich von einer subjektiven Abwägung durch den Rechtsanwendenden abhängig macht, ist unrichtig, zumindest aber unvollständig.

Vor allem aber erscheint die Abgrenzung zwischen täter- und tatbezogen deshalb fraglich, weil mit dem Wort "Tat" ein Begriff als gegeben vorausgesetzt wird, der zu einem der umstrittensten in der Strafrechtslehre überhaupt gehört: die menschliche Handlung. Solange der materielle Inhalt der "Tat" nicht hinreichend bestimmt ist, muß auch die Abgrenzungsformel der h. M. formaler Natur bleiben.¹ Je nachdem, welche Strukturelemente man zur Handlung rechnet, wird ein Merkmal sich mehr als täter- oder mehr

1) So BLAUTH, S. 104.

als tatbezogen darstellen. Anders ausgedrückt: Die gängige Abgrenzungsformel wäre nur dann sinnvoll, wenn über den Aufbau der menschlichen und damit der strafrechtlichen Handlung weitgehend Einigkeit bestünde. Weil dies aber noch nicht einmal annähernd der Fall ist, muß notwendigerweise auch der Begriff der "Tatbezogenheit" verschwommen bleiben. Zwar sind sich heute alle Handlungslehren darüber einig, daß die menschliche Handlung zumindest ein finales und ein kausales Element aufweist. Streitig ist aber nach wie vor, ob die Handlung noch andere Strukturelemente umfaßt und falls ja, welche. Umstritten ist insbesondere - und dies macht das Wort "tatbezogen" zur leeren Begriffshülse - , ob unter Finalität Vorsatz i. S. von Wissen und Wollen zu verstehen ist¹ und ob neben der schlichten Tätigkeit auch der tatbestandliche Erfolg zur Handlung zu rechnen ist.² Da über den umstrittenen Begriff der Handlung eine Definition der besonderen persönlichen Merkmale nicht möglich ist, muß nach anderen Wegen gesucht werden.

-
- 1) So die finale Handlungslehre, vgl. z. B. WELZEL, Strafrecht, S. 33 ff. und MAURACH, AT, S. 161 ff. Wohl auch die von Arthur KAUFMANN vertretene personale Handlungslehre, obwohl KAUFMANN unter Finalität nicht nur das aktuelle Bewußtsein, sondern auch das "Unbewußte" versteht (Struktur, S. 109 ff.); denn die vorsätzliche Tat bezeichnet er als "Idealtypus" der menschlichen Handlung (Struktur, S. 108). Anders die Vertreter der kausalen (naturalistischen) Handlungslehre, wie z. B. BAUMANN, AT, S. 172 ff. und MEZGER-BLEI, Strafrecht I, S. 57, aber auch die Vertreter der sozialen Handlungslehre, wie z. B. ROXIN, Kritik, ZStW 74, 515 und MAIHOFER, Der soziale Handlungsbegriff, Eb. Schmidt-Festschr. 1961.
 - 2) So z. B. MEZGER-BLEI, Strafrecht I, S. 54 und KAUFMANN, Struktur, S. 116 ("Menschliches Handeln ist ... Gestaltung der Wirklichkeit mit vom Willen beherrschbaren ... kausalen Folgen..."). Dagegen z. B. BAUMANN, AT, S. 189 f.; MAURACH, AT, S. 161, 189 f.; WELZEL, Das neue Bild des Strafrechtssystems, S. 4.

II. DIE FINAL-KAUSALE GRUNDSTRUKTUR DER VORSÄTZLICHEN STRAFTAT

Will man eine Abgrenzung dahingehend treffen, welche Verbrechensmerkmale als sachlich und welche als persönlich anzusehen sind, muß man sich zunächst klarmachen, woran unser Strafgesetzbuch überhaupt Strafe knüpft. Das ist zum einen in jedem Falle ein tatbestandlich beschriebener realer Vorgang in der Außenwelt, der von einem Menschen willentlich verursacht ist. Die streng naturalistische Handlungslehre bezeichnete diesen allein als Handlung.¹ Weitere Voraussetzung einer strafrechtlichen Relevanz ist jedoch unstreitig, daß dieser reale Vorgang entweder vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt worden ist. Streitig ist allein, ob diese subjektive Komponente in den Bereich der Tatbestandsmäßigkeit oder in den Bereich der Schuld gehört.² Ausgehend von der inzwischen gesetzlich fixierten Erkenntnis, daß Teilnahme nur an vorsätzlicher Haupttat möglich ist³, interessieren hier allerdings nur die unverzichtbaren Elemente der Gattung "vorsätzliche Straftat". Diese aber sind nach dem oben Gesagten einerseits Kausalität i. S. von äußerem Handlungsablauf und andererseits Finalität i. S. von Vorsatz⁴: Die

-
- 1) So BELING, Die Lehre vom Verbrechen, S. 17 ff.; RADBRUCH, S. 72 ff.
 - 2) Für die Finalisten ist der Vorsatz Handlungsbestandteil und damit subjektives Tatbestandsmerkmal. Gleiches gilt wohl auch für die personale Handlungslehre Arthur KAUFMANNs, vgl. oben Fußn. 1 S. 44.
 - 3) Vgl. die §§ 26, 27 Abs. 1 StGB und die §§ 30, 31 Abs. 1 E 62. Im Alternativ-Entwurf ist diese Frage allerdings bewußt offengelassen, vgl. die §§ 28, 29 AE sowie AE, AT, Begr., S. 63.
 - 4) Wobei hier bewußt dahinstehen soll, ob Vorsatz in den Bereich der Handlung gehört oder nur die Regelschuldform darstellt.

vorsätzliche Straftat hat eine final-kausale Grundstruktur. Legt man dieses Zwischenergebnis allen weiteren Betrachtungen zugrunde, so müssen sich im Einzelfall Merkmale finden lassen, die entweder diese Grundstruktur oder aber andere, zusätzliche Strukturelemente der vorsätzlichen Straftat beschreiben. Da Finalität i. S. von Vorsatz und Kausalität i. S. von äußerem Handlungsgeschehen nicht nur Grundvoraussetzungen aller vorsätzlichen Straftaten, sondern auch jeder strafrechtlichen Beteiligung (Mittäterschaft, Anstiftung, Beihilfe) sind, bietet es sich an, die Elemente der final-kausalen Grundstruktur als sachliche Merkmale zu bezeichnen. Folgerichtig müssen alle Merkmale, die nicht die final-kausale Grundstruktur der vorsätzlichen Straftat beschreiben, gleichgültig welcher Ebene des Verbrechensgebäudes sie angehören, persönliche Merkmale genannt werden.

1. Merkmale, die nicht die final-kausale Grundstruktur beschreiben und auch nicht tatbestandlich sind

Es gibt nun Verbrechensmerkmale, die nach dem Strafgesetzbuch Einfluß auf die Strafbarkeit des Täters ausüben, obwohl sie weder mit Vorsatz und Kausalverlauf verknüpft noch überhaupt im Tatbestand der Strafnormen aufgeführt sind. Es sind dies Merkmale, die unabhängig von den einzelnen im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches normierten Straftatbeständen existieren, obwohl sie natürlich im Einzelfall nur bei Verwirklichung eines Tatbestandes aktuell werden können. Insoweit kann es sich nur um Merkmale handeln, die auf der Ebene der Rechtswidrigkeit oder der Schuld liegen. Die allgemeinen Verbrechensmerkmale der Rechtswidrigkeit scheiden allerdings deshalb aus, weil sich Rechtfertigungsgründe regelmäßig nur aufgrund eines besonderen Kausalverlaufs, auf den sich der Vorsatz erstrecken muß, ergeben

können.¹ Es bleiben folglich nur noch diejenigen Merkmale, welche die Schuld ausschließen oder mildern. Mit der Feststellung, daß diese Merkmale im allgemeinen Verbrechensgebäude ins Stockwerk der Schuld gehören und nicht in jenes der Tatbestandsmäßigkeit, ist gleichzeitig entschieden, daß es sich insoweit nicht um besondere persönliche Merkmale handeln kann. Diese liegen nämlich, wie bereits erkannt wurde, ausschließlich auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit.² Es liegt nahe, diese in den Bereich der Schuld gehörigen Elemente als allgemeine persönliche Merkmale zu bezeichnen; denn sie sind nicht an einen besonderen Straftatbestand gebunden, sondern können grundsätzlich bei allen vorsätzlichen Straftaten vorliegen. Als Beispiele wären zu nennen: der Verbotsirrtum (§ 17 StGB), die Schuldunfähigkeit des Kindes (§ 19 StGB), die Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (§ 20 StGB), die verminderte Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) und auch die Jugendlichkeit (§ 3 JGG). Sind mehrere an einer Straftat beteiligt, so finden allgemeine persönliche Merkmale ausschließlich im Prinzip der limitierten Akzessorietät nach § 29 StGB ihre Regelung.

2. Merkmale, die nicht die final-kausale Grundstruktur beschreiben, die aber tatbestandlich sind

Von den eben genannten allgemeinen persönlichen Merkmalen sind diejenigen Merkmale zu unterscheiden, die zwar ebenfalls nicht Vorsatz und Kausalverlauf beschreiben, die aber

1) Vgl. Notwehr (§ 32 StGB), Rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB), aber auch den Rechtfertigungsgrund des § 193 StGB. Die Rechtfertigungsgründe wären selbst dann der final-kausalen Grundstruktur zuzurechnen, wenn sie als negative Tatbestandsmerkmale angesehen werden (vgl. z. B. Arthur KAUFMANN, JZ 54, 653; 56, 353).

2) Vgl. oben C I.

dennoch in den Bereich des Straftatbestandes gehören. Insoweit handelt es sich also um echte Tatbestandsmerkmale, die im Regelfall vom Gesetzgeber in der entsprechenden Strafnorm selbst beschrieben werden. Voreilig wäre es allerdings, alle diese Tatbestandsmerkmale als die gesuchten besonderen persönlichen Merkmale zu bezeichnen. Sicher ist jedoch, daß sie nur in diesem Bereich zu finden sind. Dies folgt zum einen aus dem systematischen Argument, wonach die besonderen persönlichen Merkmale als echte Tatbestandsmerkmale erkannt wurden. Zum anderen ergibt sich dies aufgrund einer teleologischen Auslegung. Eine Analyse der einzelnen Tatbestände des Besonderen Teils läßt nämlich erkennen, daß unser Strafgesetzbuch zwar immer auch, aber eben doch nicht ausschließlich, die Täterstrafe an einen vorsätzlich bewirkten Kausalablauf geknüpft hat. Oftmals beruht eine strafrechtliche Sanktion überhaupt, eine Strafmodifizierung oder ein Strafausschluß vielmehr auf subjektiven Vorstellungen oder ganz allgemein auf psychischen Momenten, die gleichsam als Begleiterscheinungen des äußeren Geschehens vorhanden sein müssen. Weiterhin gibt es strafrechtlich relevante Merkmale, die den Menschen über seine Eigenschaft als Handlungssubjekt hinaus beschreiben. Sowohl an jenen subjektiven bzw. psychischen Momenten als auch an diesen objektiven Besonderheiten wird deutlich, daß unser Strafrecht nicht nur sozial unerwünschte Kausalverläufe ¹ verhindern, sondern darüber hinaus ganz wesentlich durch ethische Wertung Erziehungsarbeit leisten will. Ein Mittäter, Anstifter oder Gehilfe ist nun primär mitursächlich nur für den vorsätzlich herbeigeführten sozial unerwünschten Kausalverlauf. Deshalb

1) Und damit Rechtsgutsverletzungen bzw. -gefährdungen; vgl. dazu das oben C II 2 a Gesagte.

wird er vom Gesetz als Beteiligter mit Strafe belegt.¹ Der ethische Vorwurf und damit der spezialpräventive Erziehungseffekt kann einen Beteiligten sinnvollerweise aber nur dann treffen, wenn auch er die genannten besonderen Tatbestandsmerkmale verwirklicht.² Diesen Überlegungen trägt § 28 StGB Rechnung: Von strafrechtlich relevanten subjektiven bzw. psychischen Momenten und von strafrechtlich relevanten an der Person haftenden Merkmalen, die der Beteiligte nicht selbst verwirklicht, ist er positiv wie negativ freizustellen (Abs. 2) oder zumindest zu entlasten (Abs. 1).

Für die weitere Untersuchung kann somit davon ausgegangen werden, daß es neben den Tatbestandsmerkmalen der final-kausalen Grundstruktur zwei weitere Arten von Tatbestandsmerkmalen gibt. Dies sind zum einen die begleitenden subjektiven Vorstellungen und psychischen Momente; sie sollen fortan als besondere subjektiv persönliche Merkmale bezeichnet werden. Zum anderen sind dies diejenigen Tatbestandsmerkmale, die den Handelnden über seine Eigenschaft als Handlungssubjekt hinaus beschreiben; sie sollen im folgenden besondere objektiv persönliche Merkmale genannt werden.

-
- 1) Die sogenannte Schuldteilnahmetheorie kann heute als überwunden gelten. Die hier vertretene Ansicht entspricht im wesentlichen der herrschenden Verursachungstheorie, da - wie festgestellt - der unerwünschte, vorsätzlich herbeigeführte Kausalverlauf stets Rechtsgüter verletzt oder gefährdet und damit in den Bereich des Unrechts gehört. Vgl. dazu MAURACH, AT, S. 680.
 - 2) So erkennt CLASS, NJW 49, 83 richtig: "Ein fremdes Motiv wird aber durch bloße Kenntnis nicht zum eigenen Motiv."

a) Die besonderen subjektiv persönlichen Merkmale

aa) Unter den besonderen subjektiv persönlichen Merkmalen finden sich nun solche, die gleichsam nur zufällig nicht der final-kausalen Grundstruktur des Straftatbestandes zuzurechnen sind. Zufällig deshalb, weil der Gesetzgeber den Tatbestand so gefaßt hat, daß zwar ein gewisser zweckgerichteter Wille des Handelnden gefordert wird, dessen Realisierung aber nicht mehr "abgewartet" wird. Aufgrund eines rechtstechnischen Kunstgriffs gilt die Straftat als vollendet, obwohl der final angesteuerte Erfolg noch gar nicht eingetreten ist und eventuell - aus welchen Gründen auch immer - gar nicht eintreten kann. Der Gesetzgeber fordert in diesen Fällen eine Absicht nicht als qualifizierte Form des Vorsatzes, sondern als überschießende Innentendenz, d. h. als zweckgerichteten Willen, der über das hinausgeht, was zur Vollendung des Delikts an tatsächlichem Kausalverlauf notwendig ist. Der überschießende, zweckgerichtete Wille wäre allerdings in diesen Fällen kein anderer, wenn der Gesetzgeber für die Vollendung des Delikts zusätzlich noch den angestrebten realen Erfolg gefordert hätte. Diese besonderen subjektiv persönlichen Merkmale zählen nur deshalb nicht zu den die final-kausale Grundstruktur beschreibenden und damit - nach obiger Definition - sachlichen Merkmalen, weil ausschließlich zum Zwecke einer Vorverlagerung der Strafbarkeit im Tatbestand auf die kausale Komponente verzichtet wurde.

Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen: § 146 StGB verlangt beim Nachmachen von Geld u. a. die Absicht, "das nachgemachte Geld als echtes zu gebrauchen oder sonst in Verkehr zu bringen". Der Gesetzgeber hätte für die Vollendung dieses Münzdelikts aber auch das tatsächliche "Gebrauchmachen" oder "Inverkehrbringen" und damit ein objektives Tatbestandsmerkmal verlangen

können. Aus rechtspolitischen Gründen¹ schien es ihm jedoch ratsam, die volle Strafbarkeit bereits auf den Zeitpunkt des Nachmachens vorzuverlagern. Geradezu ein Paradebeispiel ist die rechtswidrige Zueignungsabsicht beim Diebstahl (§ 242 StGB). Mit Recht hat der Bundesgerichtshof in seinem "Verjährungsurteil" darauf hingewiesen, daß diese Absicht nur an Stelle eines entsprechenden äußeren Merkmals stehe.² In der Tat kann man davon ausgehen, daß es in den meisten Fällen des Diebstahls zu einer rechtswidrigen Zueignung kommt, weshalb der Gesetzgeber ohne weiteres - wie bei der Unterschlagung - diesen Vorgang hätte "abwarten" können. Wenn er es nicht getan hat, dann nur deshalb, weil er die Strafbarkeit bereits an den Gewahrsamsbruch knüpfen wollte. Entsprechendes gilt für die rechtswidrige Zueignungsabsicht beim Raub (§ 249 StGB), aber auch für die rechtswidrige Bereicherungsabsicht bei der Erpressung (§ 253 StGB) und beim Betrug (§ 263 StGB), für die Strafentziehungs- oder Vorteilssicherungsabsicht bei der Begünstigung (§ 257 Abs. 1 Satz 1 1. und 2. Alt. StGB), für die Täuschungsabsicht bei der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) oder für die Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, bei der Urkundenunterdrückung (§ 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB). In all diesen Fällen könnte statt dessen als objektives Tatbestandsmerkmal die tatsächliche Zueignung, Bereicherung, Strafentziehung, Vorteilssicherung, Täuschung oder Nachteilszufügung verlangt werden.

Die Beispiele machen m. E. deutlich, daß es sich bei dieser Art von Absichten eigentlich um sachliche Merkmale handeln

-
- 1) Nämlich um das Falschgeld erst gar nicht in den Verkehr gelangen zu lassen.
 - 2) BGHSt. 22, 375, 380; zweifelhaft ist nur, ob sie deshalb als "tatbezogen" angesehen werden kann.

müßte. Sie sind nur durch "Amputation" der kausalen Komponente zu besonderen subjektiv persönlichen Merkmalen geworden. Wenn aber durch einen Kunstgriff des Gesetzgebers eigentlich sachliche Merkmale ihre Rechtsnatur verlieren, muß dies im Hinblick auf die Akzessorietätslockerung des § 28 StGB wieder korrigiert werden. Nicht die Pönalisierung einer begleitenden subjektiven Vorstellung steht hier im Vordergrund, sondern allein die zeitliche Vorziehung der Strafbarkeit wegen Vollendung. Daraus folgt, da kein innerer Grund ersichtlich ist, für diese Absichten die strenge Akzessorietät zur durchbrechen, daß diese verkappten sachlichen Merkmale nicht als besondere persönliche Merkmale angesehen werden dürfen.¹

bb) Abgesehen von den verkappten sachlichen Merkmalen unterliegen jedoch alle übrigen besonderen subjektiv persönlichen Merkmale dem Regime des § 28 StGB. Zwanglos einzusehen ist dies bei den im Straftatbestand beschriebenen Gesinnungen, Tendenzen oder sonstigen psychischen Besonderheiten, soweit diese keinerlei oder allenfalls einen minimalen kausalen Bezug aufweisen. Zu nennen wären hier z. B. die "böswillige Gesinnung" bei der Verunglimpfung des Staates (§ 90 a Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder bei der Volksverhetzung (§ 130 Nr. 3 StGB)², aber auch die "Gewohnheitsmäßigkeit"³ bei der einfachen Kuppelei (§ 180 StGB) oder bei der qualifizierten

-
- 1) Im Ergebnis ebenso: BGH a. a. O.; MEZGER-BLEI, Strafrecht I, S. 286; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 50 Rdn. 16; JESCHECK, AT, S. 500; PETERS-PREISENDANZ, S. 61; MAURACH, AT, S. 714. Diese bezeichnen aber m. E. ein offensichtlich täterbezogenes Merkmal nur wegen des unerwünschten Ergebnisses als tatbezogen.
- 2) Vgl. zur Definition SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 90 a Rdn. 9.
- 3) Diese wird ja definiert als ein durch wiederholte Begehung erzeugter Hang zum Delikt, vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. § 73 Rdn. 53 m. w. N.

Hehlerei (§ 260 StGB). In all diesen Fällen beschreiben diese Tatbestandsmerkmale nicht einen vorsätzlich herbeigeführten realen Vorgang, sondern nur begleitende subjektive Momente.

Als besondere persönliche Merkmale sind darüber hinaus aber auch diejenigen Motive und Absichten anzusehen, mit denen der Gesetzgeber einen auf weiteren realen Erfolg gerichteten Willen beschreibt, aber nicht - wie bei den verkappten sachlichen Merkmalen - zwecks Vorverlagerung der Strafbarkeit. So reicht beispielsweise für die Vollendung der besonders schweren Brandstiftung nach § 307 Nr. 2 StGB nicht deshalb die bloße Mordbegehungsabsicht, weil der Gesetzgeber dessen Begehung aus rechtspolitischen Gründen nicht "abwarten" wollte. Grund der Straferhöhung ist vielmehr die besondere Verwerflichkeit der Handlungsweise.¹ Ähnliches gilt für das Tatbestandsmerkmal "gewerbsmäßig", das definiert wird als die Absicht, sich durch die wiederholte Begehung eine Einnahmequelle zu verschaffen.² Auch diese Absicht ist unzweifelhaft auf weiteren realen Erfolg gerichtet, dessen Eintritt für die Vollendung des jeweiligen Delikts aber nicht mehr notwendig ist. Die strafbegründende bzw. -erhöhende Wirkung beruht jedoch ersichtlich weniger auf einer Vorverlagerung der Strafbarkeit, als vielmehr auf der mißbilligten besonderen kriminellen Energie.³ Gleiches gilt nicht nur für die Vorteilsabsicht bei der eigennützigen Begünstigung (§ 257 Abs. 1 Satz 1 3. Alt. StGB)⁴, bei der Personenhehlerei (§ 258 StGB)⁵ oder der

1) A. A. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 50 Rdn. 16, welche diese Absicht als tatbezogen ansehen.

2) Vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. § 73 Rdn. 49 ff.m.w.N.

3) Vgl. die §§ 175 Abs. 1 Nr. 3, 181 a, 260, 285, 292 Abs. 3, 302 d, 302 e StGB.

4) Ebenso SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 257 Rdn. 45.

5) Ebenso SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 258 Rdn. 9; a. A. DREHER, § 50 Anm. 3 C.

Sachhehlerei (§ 259 StGB)¹, sondern auch für die gewinnsüchtige Absicht beim qualifizierten Verwahrungsbruch (§ 133 Abs. 2 StGB)² und bei der Personenstandsfälschung (§ 169 Abs. 1 2. Alt. StGB)³.

Als erstes Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden: Besondere persönliche Merkmale sind alle Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes, die nicht die final-kausale Grundstruktur, sondern begleitende subjektive Vorstellungen oder psychische Momente beschreiben mit Ausnahme derjenigen Absichten, die nur zwecks Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes an Stelle eines objektiven Tatbestandsmerkmals stehen.

b) Die besonderen objektiv persönlichen Merkmale

Als besondere objektiv persönliche Merkmale wurden diejenigen Tatbestandsmerkmale bezeichnet, die zwar nicht die final-kausale Grundstruktur, wohl aber den Menschen über seine Eigenschaft als Handlungssubjekt hinaus beschreiben. Hierunter fallen folglich alle strafbegründenden, -modifizierenden oder -ausschließenden Tatbestandsmerkmale, die irgendwelche Besonderheiten in der Person des Handelnden herausstellen. Diese Besonderheiten müssen unabhängig von der Straftat in der Person des Handelnden existent sein, mögen sie auch durch diese erst strafrechtlich relevant werden.⁴

Hierher gehören z. B. die Stellung als Beamter bei den echten und unechten Verbrechen und Vergehen im Amte

1) Ebenso SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 259 Rdn. 61 a.

2) Ebenso SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 133 Rdn. 21; a. A. DREHER a. a. O. sowie RGSt. 62, 203, 206 f.; 63, 31, 35.

3) Ebenso SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 50 Rdn. 14; a. A. DREHER a. a. O.

4) Ähnlich BLAUTH, S. 103.

(§§ 331 ff. StGB), der Status des Soldaten bei den Wehrstraftaten (WStG), aber auch die Aszendenten- oder Ehegatteneigenschaft beim Familiendiebstahl (§ 247 Abs. 2 StGB)¹, die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufsstand bei der Verletzung des Berufsgeheimnisses (§ 300 StGB)² oder die besondere Beziehung des Anvertrautseins bei der Unzucht mit Abhängigen (§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB)³. Eine an der Person haftende Besonderheit kann sogar ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal sein, wie beispielsweise die Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt. Daß auch diese Eigenschaft ein besonderes objektiv persönliches Merkmal darstellt, ist nach dem Gesagten zwingend.⁴

Als weiteres Zwischenergebnis ergibt sich deshalb: Als besondere persönliche Merkmale sind auch diejenigen Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes anzusehen, die nicht die final-kausale Grundstruktur, sondern an der Person des Handelnden haftende Besonderheiten beschreiben.

c) Mischformen

Schließlich kennt unser Strafgesetzbuch noch solche Tatbestandsmerkmale, die nicht die final-kausale Grundstruktur, aber sowohl begleitende Vorstellungen des Handelnden als auch an der Person haftende Besonderheiten beschreiben. Hier einzuordnen wäre z. B. die inzwischen aufgehobene⁵ Strafschärfung für "gefährliche Gewohnheits-

1) Vgl. MAURACH, AT, S. 718 und DREHER, § 50, Anm. 3 B. Im Hinblick auf § 247 Abs. 2 StGB ist die Regelung des § 247 Abs. 3 StGB eigentlich überflüssig; so richtig SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 247 Rdn. 16.

2) Ebenso SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 300 Rdn. 26.

3) Ebenso DREHER a. a. O.

4) So schon ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 515; ebenso DREHER, § 50 Anm. 3 C (am Ende); a. A. GEPPERT, ZStW 82, 40 (insb. S 72 f.).

5) 1. StrRG vom 25. 6. 1969 (BGBl. I 645)

verbrecher" (§ 20 a StGB a. F.). Diese setzte einerseits eine rechtskräftige Vorverurteilung als in der Person liegende Besonderheit (besonderes objektiv persönliches Merkmal) und andererseits als begleitende Tendenz den Hang zu weiteren Straftaten¹ (besonderes subjektiv persönliches Merkmal) voraus. Im geltenden Recht muß der strafschärfende Rückfall als eine derartige Mischform angesehen werden.² Auch dieser verlangt nämlich nicht nur Vorverurteilung und Strafverbüßung als besonderes objektiv persönliches Merkmal, sondern darüber hinaus als begleitenden psychologischen Faktor die Nichtbeachtung des Warneffekts.³

Zusammenfassend lassen sich die besonderen persönlichen Merkmale somit folgendermaßen definieren:

Besondere persönliche Merkmale sind alle Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes, die nicht die final-kausale Grundstruktur der vorsätzlichen Straftat beschreiben mit Ausnahme derjenigen Absichten, die nur zwecks Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes an Stelle eines objektiven Tatbestandsmerkmals stehen.⁴

1) Ständige Rechtsprechung seit RGSt. 68, 149, 155.

2) Der tatbestandliche Charakter des § 48 StGB kann nicht deshalb bezweifelt werden, weil er nunmehr entgegen früher (z. B. §§ 244 a. F., 264 a. F. StGB) im Allgemeinen Teil generell geregelt ist. Gleiches galt für § 20 a StGB a. F.

3) Vgl. statt vieler DREHER, § 17 Anm. 3.

4) Zu beachten ist, daß nach dieser Formel der Rücktritt vom Versuch weder nach § 46 StGB a. F. noch nach § 24 Abs. 1 StGB als besonderes persönliches Merkmal angesehen werden kann. In beiden Vorschriften wird lediglich ein vorsätzlich gesteuerter äußerer Handlungsablauf (Aufgabe der Ausführung bzw. Verhinderung der Vollendung) beschrieben, weshalb es sich um ein rein sachliches Merkmal handelt. § 24 Abs. 2 StGB bestätigt diese Einordnung und widerlegt damit Stimmen, die (wie z. B. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 50 Rdn. 21) insoweit ein straffausschließendes besonderes persönliches Merkmal annehmen.

3. Tatbestandsmerkmale, die nicht ausschließlich die final-kausale Grundstruktur beschreiben

Gedanklicher Ausgangspunkt der bisherigen Untersuchung war die Erkenntnis von der final-kausalen Grundstruktur der vorsätzlichen Straftat und die Vermutung, es müßten sich Merkmale finden lassen, die entweder diese Grundstruktur oder aber andere, zusätzliche Elemente beschreiben. Auf der Ebene des Tatbestandes wurden bislang als derartige zusätzliche Elemente die besonderen objektiv und die besonderen subjektiv persönlichen Merkmale gefunden. Eine genaue Analyse zeigt jedoch, daß es auch Tatbestandsmerkmale gibt, die sich bei näherer Betrachtung als eine Kombination von sachlichen und besonderen - subjektiv oder auch objektiv - persönlichen Merkmalen darstellen. Als Beispiel sei hier zunächst das Gesinnungsmerkmal¹ "rücksichtslos" bei der Straßenverkehrsgefährdung (§ 315 c Abs. 1 Nr. 2 StGB) genannt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt u. a. derjenige rücksichtslos, der sich im Straßenverkehr aus eigennützigen Gründen über seine Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern hinwegsetzt.² Mit dieser Auslegung aber wird das vormals einheitliche Merkmal ersichtlich in zwei verschiedene Komponenten aufgespalten. Das (vorsätzliche) "Hinwegsetzen über die Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern" beschreibt die final-kausale Grundstruktur und ist damit sachlicher Bestandteil; die "eigennützige Motivation" dagegen kennzeichnet eine begleitende Vorstellung und ist damit besonderes subjektiv persönliches Element. Ähnliches gilt für das Gesinnungsmerkmal "gewissenlos" in den §§ 170 c und 170 d StGB.

1) So SCHMIDHAUSER, S. 250 f.

2) BGHSt. 5, 392; vgl. auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 315 c Rdn. 27 m. w. N.

Rechtsprechung und Literatur verstehen darunter ein Verhalten, das in hohem Maße Rücksicht auf Hemmungen sittlicher Art, die sich aufgedrängt haben oder hätten aufdrängen müssen, vermissen läßt.¹ "Gewissenlosigkeit" ist bei dieser Auslegung nur festzustellen aus dem Gesamtzusammenhang von äußerem und innerem Tatgeschehen², so daß auch hier letztlich eine Kombination von sachlichen und besonderen subjektiv persönlichen Merkmalen vorliegt.

Unser Strafgesetzbuch kennt darüber hinaus aber auch die Verbindung von sachlichen und besonderen objektiv persönlichen Merkmalen zu einem "einheitlichen" Tatbestandsmerkmal. Als typisches Beispiel kann hier die Qualifikation der bandenmäßigen Begehung des Diebstahls (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) angesehen werden. Sachlicher Bestandteil des Bandendiebstahls ist dabei das (vorsätzliche) Stehlen "unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitgliedes". Besonderes objektiv persönliches Element ist die Eigenschaft "als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat". Wenn die Einordnung des Merkmals "bandenmäßig" unter den Anhängern der bekannten Abgrenzungsformel weiterhin umstritten ist, so liegt das in erster Linie daran, daß der Doppelcharakter als solcher nicht akzeptiert wird.³ Die h. M. glaubt, jedes Merkmal letzten Endes entweder in toto als tatbezogen oder als täterbezogen behandeln zu

-
- 1) BGHSt. 2, 348; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 170 c Rdn. 8; DREHER, 170 c Anm. 3 B
 - 2) So richtig SCHMIDHÄUSER, S. 249.
 - 3) Die "Bandenmäßigkeit" glauben in toto als tatbezogen ansehen zu müssen: der BGH (vgl. die Fußn. 1 bis 3 S. 28) und ihm folgend MAURACH, BT, S. 222 für § 243 Nr. 6 StGB a. F. sowie SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 244 Rdn. 15. Umgekehrt dagegen: BGHSt. 12, 220, 226 (vgl. Fußn. 4 S. 28) sowie DREHER, § 244 Anm. 4 D m. w. N.

müssen. Wie noch zu zeigen sein wird, ist ein derartiges "Zwangsverfahren" aber gar nicht notwendig. Vielmehr ist es durchaus sinnvoll, angeblich homogene Tatbestandsmerkmale entsprechend der Auslegung in ihre verschiedenen Bestandteile aufzuspalten und an dieser Trennung auch festzuhalten. Die Auslegung von "rücksichtslos", "gewissenlos", "bandenmäßig" usw. ergibt eben, daß sowohl sachliche als auch besondere persönliche Merkmale vorliegen. Eine ganz andere Frage ist demgegenüber, ob ein Teilnehmer, der (bei der Straßenverkehrsgefährdung) selbst nicht aus eigennützigen Gründen handelt oder der (beim Bandendiebstahl) selbst kein Bandenmitglied ist, insgesamt der strengen Akzessorietät unterliegt oder nicht. Dies ist jedoch keine Frage, die eine einheitliche Einordnung verlangt. Die Lösung des Problems ergibt sich vielmehr aus § 28 StGB. Näher soll hierauf erst in anderem Zusammenhang eingegangen werden.¹

1) Vgl. unten H I 1 c.

F. DIE BESONDEREN PERSÖNLICHEN MERKMALE DER VORSÄTZLICHEN
TÖTUNGSDELIKTE IM GELTENDEN RECHT, IM ENTWURF 1962 UND
IM ALTERNATIV-ENTWURF

Die herrschend getroffene Unterscheidung zwischen täter- und tatbezogenen Merkmalen beweist, wie gezeigt, gerade an den Mordmerkmalen des geltenden Rechts ihre mangelnde Leistungsfähigkeit. Diese Erfahrung war Anlaß zu dem Versuch einer neuen Definition der besonderen persönlichen Merkmale. Sachliches Substrat der vorausgegangenen Betrachtungen war nicht nur eine neue Abgrenzungsformel, sondern darüber hinaus die überraschende Feststellung, daß es neben rein sachlichen und rein persönlichen Merkmalen noch anscheinend einheitliche Tatbestandsmerkmale gibt, die aber in Wirklichkeit aus verschiedenen Elementen bestehen. Ausgestattet mit dieser Erkenntnis sollen im folgenden zunächst die vorsätzlichen Tötungsdelikte des geltenden Rechts einer erneuten Prüfung unterzogen werden. Anschließend sollen dann die vorsätzlichen Tötungsdelikte des Entwurfs 1962 und des Alternativ-Entwurfs in entsprechender Weise ihre kritische Würdigung finden.

I. DAS GELTENDE RECHT

1. Die Mordmerkmale (§ 211 Abs. 2 StGB)

a) Die "Motivmerkmale" der ersten Gruppe

Eine Untersuchung von Tatbestandsmerkmalen an Hand der hier vertretenen Definition besonderer persönlicher Merkmale verlangt zwingend zunächst das "Herausfiltern" der sachlichen Merkmale. Die final-kausale Grundstruktur einer vorsätzlichen Tötung, die wegen Verwirklichung sogenannter Motivmerkmale unter den Tatbestand des Mordes zu subsumieren ist, beschreibt das Gesetz mit folgenden Worten: "... wer ... einen Menschen (vorsätzlich) tötet."

Nur insoweit wird ein vorsätzlich herbeigeführter realer Vorgang in der Außenwelt geschildert, nur insoweit handelt es sich also um sachliche Merkmale. Mit dieser Feststellung ist aber auch schon entschieden, daß die Motivmerkmale der ersten Gruppe ausnahmslos besondere subjektiv persönliche Merkmale i. S. der hier getroffenen Einteilung darstellen, zumal an ihrer Zugehörigkeit zum Tatbestand kein Zweifel besteht. Sämtliche Motivationen kennzeichnen nur begleitende subjektive Vorstellungen des Handelnden. Dies gilt unabhängig davon, welche Auslegung sie im einzelnen durch Rechtsprechung und Literatur erfahren und auch unabhängig davon, ob die ersten drei Qualifikationen nur Illustrationsbeispiele der Generalklausel "niedriger Beweggrund" darstellen.¹ Wenn aber feststeht, daß die Motivationen - obwohl Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes - nicht die final-kausale Grundstruktur beschreiben, so kann ihr Charakter als besondere persönliche Merkmale nur noch verneint werden, wenn sich herausstellen sollte, daß in Wirklichkeit Absichten gemeint sind, die nur zwecks Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes an Stelle eines objektiven Tatbestandsmerkmals stehen.

In Frage kommen hier allenfalls die Mordmerkmale "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes", "aus Habgier" und solche "niedrigen Beweggründe", die auf weiteren realen Erfolg abzielen.² Die Prüfung kann nun allerdings nicht schon mit dem Hinweis darauf abgetan werden, insoweit würden gar keine Absichten im eigentlichen Sinne angesprochen. Jedes Merkmal ist nämlich letzten Endes so zu behandeln, wie es ausgelegt wird. Nach der Auslegung durch den Bundesgerichtshof tötet aber "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes", wer die geschlechtliche

1) Vgl. Fußn. 1 S. 35.

2) Dies erkennt richtig DREHER, § 50 Anm. 3 C und § 211 Anm. 4.

Befriedigung im Töten selbst oder nach dem Töten (an der Leiche) sucht.¹ Das heißt nun nichts anderes, als daß der Täter töten muß, "um sich zu befriedigen" - eine typische Formulierung für Absichten i. S. von überschießender Innentendenz.² Ähnliches gilt für die "Habgier". Wer einen anderen tötet, "um sich dadurch zu bereichern", würde nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einen Mord begehen.³ Ein weiterer Beweis, daß Motive und Absichten ineinanderfließen. Schließlich gibt es Absichten, die nach der Rechtsprechung als "niedriger Beweggrund" anzusehen sind. So ist beispielsweise vom Bundesgerichtshof die Tötung des Ehegatten mit der Absicht, dadurch eine andere Frau zu gewinnen, als Mord aus niedrigen Beweggründen angesehen worden.⁴ Die Frage lautet also, ob der Gesetzgeber hier wirklich eine Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes beabsichtigte. Die Antwort kann m. E. nur negativ ausfallen. Das Gesetz belegt eine Tötung "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes", "aus Habgier" oder "aus niedrigen Beweggründen" nicht deshalb mit einer gegenüber dem Totschlag erhöhten Strafe, weil es einen weiteren sozial unerwünschten Erfolg - die geschlechtliche Befriedigung, die Bereicherung usw. - durch vorgezogene volle Strafbarkeit verhindern will. "Unerwünscht" ist bei sämtlichen Tötungsdelikten schon die Tötung als solche. Die absolute Strafe wegen Mordes beruht vielmehr auch hier auf dem ethischen Unwerturteil, auf der mißbilligten verwerflichen Gesinnung.

Als Ergebnis der Untersuchung kann somit festgehalten werden: Da die Motivmerkmale des § 211 Abs. 2 StGB weder die final-kausale Grundstruktur beschreiben, noch

1) BGHSt. 7, 353

2) Vgl. z. B. die §§ 146, 236, 253, 257 StGB.

3) BGHSt. 10, 399 (Unterhaltsverpflichtung)

4) BGH NJW 55, 1727 (Leitsatz)

lediglich zwecks Vorverlagerung des Strafrechts-schutzes an Stelle eines objektiven Tatbestandsmerkmals stehen, sind sie sämtlich als besondere persönliche Merkmale anzusehen.

b) Die "Begehungsmerkmale" der zweiten Gruppe

aa) "Mit gemeingefährlichen Mitteln" tötet nach allgemeiner Auffassung, wer ein Mittel verwendet, das für seine intellektuell-technischen Fähigkeiten unkontrollierbar ist und deshalb eine unbestimmte Anzahl anderer Personen in Gefahr bringen kann.¹ Diese Definition beinhaltet ersichtlich nur Tatbestandsmerkmale der final-kausalen Grundstruktur. Kausale Komponente ist die Tötung eines anderen mit einem relativ unkontrollierbaren, Unbeteiligte gefährdenden Mittel, finale Komponente das Wissen und Wollen dieses realen Vorgangs. An dem ausschließlich sachlichen Charakter der Merkmale ändert sich auch nichts dadurch, daß die Gefährlichkeit des Mittels im Einzelfall nur durch ein Abstellen auf die persönlichen Fähigkeiten des Handelnden erkannt werden kann. Damit wird keine an der Person haftende Besonderheit neben der final-kausalen Grundstruktur beschrieben, wie z. B. beim Familiendiebstahl oder bei den Beamtendelikten. Die incidenter angesprochene intellektuell-technische Fähigkeit des Handelnden stellt vielmehr nur einen Bezugspunkt für das Wort "unkontrollierbar" dar und bildet deshalb mit diesem eine untrennbare Einheit.

Aus diesen Überlegungen folgt zwanglos die Feststellung: Die Mordqualifikation "mit gemeingefährlichen Mitteln" ist als rein sachliches Merkmal anzusehen.

1) Vgl. Fußn. 1 S. 38.

bb) Wesentlich schwieriger erweist sich dagegen die Mordvariante "heimtückisch", wenn dessen gebräuchliche Auslegung zugrunde gelegt wird, was hier geschehen soll. Danach verlangt diese Qualifikation nicht nur die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers, sondern darüber hinaus eine feindliche Willensrichtung.¹ Mit dieser Definition aber verliert die Einordnung als Begehungsmerkmal zumindest teilweise ihre Berechtigung. Das anscheinend homogene Merkmal wird in zwei ganz verschiedene Bestandteile zerlegt - ein Vorgang, wie er bei den oben genannten Gesinnungsmerkmalen "rücksichtslos" und "gewissenlos" geschildert wurde. Die Prüfung kann nur erfolgen, wenn der heimtückische Mord entsprechend seiner Auslegung gelesen wird: "... wer ... mit feindlicher Willensrichtung unter Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit ... einen Menschen (vorsätzlich) tötet." Erst nachdem der Mordtatbestand in dieser Weise gleichsam in Längsschrift übertragen worden ist, lassen sich seine verschiedenen Elemente fein säuberlich trennen. Es zeigt sich, daß nur die Worte "unter Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit" die final-kausale Grundstruktur beschreiben, die Worte "mit feindlicher Willensrichtung" dagegen eine begleitende subjektive Vorstellung kennzeichnen. Damit erweist sich das Mordmerkmal "heimtückisch" als eine Kombination von sachlichen und von besonderen (subjektiv) persönlichen Merkmalen.

Mit dieser Erkenntnis allein ist allerdings gegenüber der h. M. nicht viel gewonnen. Auch diese anerkennt ja, daß der "Heimtücke" eine täterbezogene Komponente eigen ist, will sie aber dennoch insgesamt akzessorisch behandeln, weil die tatbezogenen Elemente angeblich überwiegen. Wie bereits angedeutet, erscheint diese abwägende Lösung gezwungen. Sie ist letztlich auch

1) Vgl. Fußn. 3 S. 38.

inkonsequent. Wenn dem indifferenten Begriff "heimtückisch" nur im Wege einer Auslegung sachlicher Gehalt vermittelt werden kann, muß die gefundene Auslegung für den gesamten Bereich der Rechtsanwendung Gültigkeit behalten. Die Rechtsanwendung ist vorzunehmen, als ob die Auslegung selbst im Gesetz stünde. Wäre dies so, käme aber niemand auf den Gedanken, das besondere persönliche Merkmal der "feindlichen Willensrichtung" nur deshalb als sachliches Merkmal zu behandeln, weil der Gesetzgeber weit ausführlicher und mit weit größerem Wortaufwand die final-kausale Grundstruktur beschrieben hat.

Als weiteres Ergebnis kann daher notiert werden: Das angebliche Begehungsmerkmal "heimtückisch" ist weder ein rein sachliches noch ein rein besonderes persönliches Merkmal. Es beinhaltet vielmehr sowohl sachliche als auch besondere persönliche Elemente, hat also Doppelcharakter.¹

cc) Ähnlich verhält es sich mit dem Mordmerkmal "grausam". Auch dieser Begriff ist indifferent und auslegungsbedürftig. Je nach Blickwinkel könnte die Auslegung entweder nur auf die Person des Täters, nur auf das tatsächliche Geschehen oder aber auf beides abstellen. Die überwiegende Mehrheit in Literatur und Rechtsprechung hat sich für letzteres entschieden: Grausam tötet, wer seinem Opfer aufgrund einer gefühllosen, unbarmherzigen Gesinnung besondere Schmerzen oder Qualen zufügt.² Wird aber wiederum die herrschend vertretene Auslegung der Prüfung zugrunde gelegt, so erweist sich auch diese Mordqualifikation als janusköpfig. In Langschrift übertragen liest sich ein "grausamer" Mord folgendermaßen: "... wer ... aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung heraus einen Menschen unter Zufügen

-
- 1) Welche Konsequenzen dies für die Teilnahme am heimtückischen Mord hat, wird unten H I 1 c und 2 c aufgezeigt.
 - 2) Vgl. Fußn. 3 S. 39.

besonderer Schmerzen oder Qualen (vorsätzlich) tötet." Durch diese der Auslegung entsprechenden Lesart wird wiederum deutlich, daß man es bei dem "Zufügen der besonderen Schmerzen oder Qualen" mit einem sachlichen und bei der "gefühllosen, unbarmherzigen Gesinnung" mit einem besonderen (subjektiv) persönlichen Merkmal zu tun hat. Nun kann auch hier nicht übersehen werden, daß die h. M. das täterbezogene Element anerkennt. Gleichwohl wird verlangt, das Mordmerkmal "grausam" letztlich als tatbezogen und damit akzessorisch zu behandeln, weil angeblich der tatmäßige Charakter überwiege. Dies beruht aber offensichtlich auf der unbewiesenen Annahme, ein aus einem Wort bestehendes Tatbestandsmerkmal könne nur entweder tatgebunden oder aber tätergebunden sein. Wie bereits bei der Mordvariante "heimtückisch" ist jedoch der Prüfungsmaßstab nicht an dem vom Gesetz verwendeten Begriff, sondern - weil jener komplexer Natur ist - an seiner Definition anzulegen.

Geht man so vor, dann gilt wiederum folgendes: Auch die Mordqualifikation "grausam" hat Doppelcharakter; denn sie vereint sachliche mit besonderen persönlichen Merkmalen.¹

c) Die "Absichtsmerkmale" der dritten Gruppe

Im Gegensatz zu Motiv- und Begehungsmerkmalen sind die Absichtsmerkmale der dritten Gruppe deskriptiver Natur. Sie bedürfen im wesentlichen keiner weiteren Auslegung. Als Beurteilungsgegenstand kann deshalb unmittelbar der Gesetzestext herangezogen werden. Über die final-kausale Grundstruktur dieser Mordvarianten besteht kein ernsthafter Zweifel. Der Gesetzgeber beschreibt sie ausschließlich mit den Worten: "... wer ... einen Menschen

1) Über die Konsequenzen für die Teilnahme vgl. unten H I 1 c und 2 c.

(vorsätzlich) tötet. Bei den Absichten "um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken" handelt es sich dagegen lediglich um begleitende Vorstellungen und damit - nach obiger Einteilung - um besondere subjektiv persönliche Merkmale. Mehr noch als bei einigen Motivmerkmalen der ersten Gruppe erscheint es jedoch möglich, daß hier in Wirklichkeit verkappte sachliche Merkmale vorliegen, zumal vom Gesetzgeber selbst die typische Formulierung für Absichten i. S. von überschießender Innentendenz verwendet wurde. Stehen diese Absichten nun aber tatsächlich nur zwecks Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes an Stelle eines objektiven Tatbestandsmerkmals? Sollte hier wirklich die Verdeckung oder die Ermöglichung einer anderen Straftat verhindert werden? Die Antwort kann m. E. nicht anders ausfallen als bei den vorhin besprochenen Motiven "zur Befriedigung des Geschlechtstrieb", "aus Habgier" und "niedrigen Beweggründen": Nicht die möglichst frühzeitige Verhinderung einer weiteren Straftat oder deren Verdeckung stehen im Vordergrund, sondern das ethische Unwerturteil über als verwerflich erachtete Absichten.¹ Die Absichten der dritten Gruppe stehen sonstigen niedrigen Beweggründen gleich² und sind deshalb auch gleich zu behandeln.

Als letztes Ergebnis zu § 211 Abs. 2 StGB ergibt sich somit: Da auch die beiden Absichtsmerkmale der dritten Gruppe weder die final-kausale Grundstruktur beschreiben, noch lediglich zwecks Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes an Stelle eines objektiven Tatbestandsmerkmals stehen, sind sie ebenfalls besondere persönliche Merkmale.

2. Die Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)

Auch bei dem in § 216 StGB beschriebenen vorsätzlichen

1) Vgl. BGHSt. 11, 226, 228.

2) So ausdrücklich für "Verdeckungsabsicht" BGHSt. 23, 39.

Tötungsdelikt lassen sich die Tatbestandsmerkmale relativ einfach analysieren. Die final-kausale Grundstruktur dieses Delikts kennzeichnet der Gesetzgeber lapidar mit dem Wort "Tötung". Der materielle Gehalt der Strafnorm wäre um keinen Deut anders, wenn der äußere Handlungsablauf und dessen finale Steuerung nicht durch ein Substantiv, sondern - wie sonst üblich - durch ein Satzprodukt verdeutlicht werden würde. Als sachliches Merkmal einer Tötung auf Verlangen kann somit allein die (vorsätzliche) Tötung als solche erkannt werden. Die Worte "Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten ... bestimmt worden ..." beziehen sich demgegenüber nicht auf den realen Erfolg in der Außenwelt, sondern lediglich auf eine begleitende Vorstellung des Handelnden. Die Entschlußfassung aufgrund des ausdrücklichen und ernstlichen Verlangens des Getöteten bedeutet nichts anderes als einen besonderen Beweggrund. Mit dieser Feststellung aber läßt sich auch die in § 216 StGB vorausgesetzte außergewöhnliche Motivation des Handelnden als besonderes subjektiv persönliches Merkmal identifizieren.

3. Die Kinstestötung (§ 217 StGB)

Gleichfalls ohne Schwierigkeiten erweist sich eine Untersuchung der Kinstestötung des § 217 StGB. Zu beachten ist jedoch, daß final-kausale Grundstruktur dieses Delikts nicht lediglich die einfache Tötung eines anderen Menschen ist, sondern die (vorsätzliche) Tötung eines unehelichen Kindes in oder gleich nach der Geburt. Insoweit handelt es sich um sachliche Merkmale. Wenn Täterin nach dem Gesetz aber nur die uneheliche Mutter des Kindes sein kann, so wird eine an der Person haftende Besonderheit beschrieben. Damit ist auch die Eigenschaft als uneheliche Mutter des Kindes als besonderes (objektiv) persönliches Merkmal erkannt.

II. DER ENTWURF 1962

1. Der Totschlag (§ 134 E 62)

a) Die "psychischen Merkmale" des § 134 Abs. 2 E 62

Im Gegensatz zu § 213 StGB erwähnt § 134 Abs. 2 E 62 die sogenannte Affekttötung nicht nur als Beispiel für allgemeine unbenannte mildernde Umstände, sondern widmet dieser bewußt einen eigenen Tatbestand. Anders als im geltenden Recht soll also der Erregungszustand Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes und nicht lediglich Strafzumessungsregel sein. Der Entwurfsverfasser selbst vertrat die Meinung, die begreifliche heftige Gemüts¹erregung müsse als besonderes persönliches Merkmal angesehen werden. Durch die zusätzliche Aufnahme von besonderen persönlichen "Umständen" sei nämlich klargestellt, daß auch vorübergehende Seelenzustände darunter fallen könnten.¹ Das Ergebnis dieser noch deutlich im Formalen befangenen Argumentation erweist sich jedoch als richtig.

Die final-kausale Grundstruktur einer Affekttötung nach § 134 Abs. 2 E 62 wird ersichtlich nur durch das Hauptwort "Tat" gekennzeichnet. Unter "Tat" wiederum kann nichts anderes verstanden werden als die (vorsätzliche) Tötung eines anderen, wie sie in § 134 Abs. 1 E 62 beschrieben wird. Das Tatbestandsmerkmal "begreifliche heftige Gemüts¹erregung" ist demgegenüber - und zwar unabhängig davon, in welcher Weise die "Begreiflichkeit" auszulegen ist und welche quantitativen Werte letztlich an die "Heftigkeit" der Erregung zu knüpfen sind - nur Ausdruck eines begleitenden außergewöhnlichen psychischen Zustandes. Unter diesen Voraussetzungen unterliegt die

1) E 62, Begr., S. 271

Einordnung als besonderes (subjektiv) persönliches Merkmal keinem ernsthaften Zweifel.

b) Die "Motivmerkmale" des § 134 Abs. 3 E 62

Bemerkenswert an der Vorschrift des § 134 Abs. 3 E 62 ist zunächst, daß expressis verbis von einer (wesentlichen) Minderung der Schuld gesprochen wird, obwohl der Entwurfsverfasser erklärtermaßen einen echten Straftatbestand schaffen wollte.¹ Dies beweist, wie bereits angedeutet, zumindest für den Bereich des Entwurfs 1962 die Ablehnung jener These, wonach im Bereich der Tatbestandsmäßigkeit notwendigerweise nur Unrecht geregelt sein könne. Diese Ablehnung wird noch dadurch bekräftigt, daß der Entwurfsverfasser selbst "Mitleid, Verzweiflung oder andere (schuldmildernde) Beweggründe" wiederum - wenn auch aus den bekannten formalen Gründen - als besondere persönliche Merkmale verstanden wissen wollte.² Nach der Lehre von den personalen Unrechtselementen müßte demgegenüber der gesamte Abs. 3 aus dem Bereich der Tatbestandsmäßigkeit in den Bereich der Schuld, dem letzten Stockwerk im allgemeinen Verbrechensaufbau, verwiesen werden. Nicht die Regelung der besonderen persönlichen Merkmale in § 33 E 62, sondern allenfalls das Prinzip der limitierten Akzessorietät nach § 34 E 62 könnte aktuell werden.

Die Einordnung als besondere persönliche Merkmale durch den Verfasser selbst erweist sich jedoch auch hier letztlich als zutreffend. Die final-kausale Grundstruktur wird wiederum nur durch die "Tat", also die (vorsätzliche) Tötung eines anderen festgelegt. Die tatbestandlich objektivierten Schuldmerkmale des "Mitleids, der Verzweiflung oder anderer Beweggründe" beschreiben

1) E 62 a. a. O.

2) E 62 a. a. O. (am Ende)

hingegen begleitende subjektive Vorstellungen des Handelnden. Bei dem Tatbestandsmerkmal "Verzweiflung" mag darüber hinaus noch ein psychisches Moment mit-spielen. Da die sachlichen Merkmale mit dem Wort "Tat" erschöpfend umrissen sind, lassen sich daher auch die schuld mindernden Beweggründe zwanglos als besondere persönliche (subjektiv) Merkmale identifizieren.

2. Die Mordmerkmale (§ 135 E 62)

a) Die "Motiv- und Absichtsmerkmale" des § 135 Abs. 1 E 62

Die Mordmerkmale des § 135 Abs. 1 E 62 sind überwiegend dem geltenden Recht entnommen und deshalb sämtlich - wie die Motiv- und Absichtsmerkmale des § 211 Abs. 2 StGB - als besondere (subjektiv) persönliche Merkmale anzusehen. Dies gilt auch für die neue Qualifikation "zur Erregung des Geschlechtstriebes", weil diese schon bisher unter das Generalmerkmal der niedrigen Beweggründe eingeordnet werden konnte.¹

b) Die "Überlegung" des § 135 Abs. 2 Satz 1 E 62

Nicht so eindeutig und selbstverständlich ist dagegen die Einordnung des aus dem alten § 211 StGB wieder übernommenen Mordmerkmals "mit Überlegung". Zwar sieht der Entwurfsverfasser auch darin ein besonderes persönliches Merkmal.² Dies kann aber nach der hier entwickelten Formel nur dann richtig sein, wenn der auslegungsbedürftige Begriff "Überlegung" etwas anderes oder zumindest mehr umfaßt als den allgemeinen Handlungsvorsatz. Wäre darunter nichts anderes zu verstehen als eine qualifizierte Form des Vorsatzes,

1) Vgl. E 62, Begr., S. 272 f. sowie SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 211 Rdn. 9 und MAURACH, BT, S. 31.

2) E 62, Begr., S. 273 (am Ende)

nämlich *dolus directus*, so läge ein sachliches Merkmal vor.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts nahm "Überlegung" an, wenn der Täter "in genügend klarer Erwägung über den zur Erreichung seines Zweckes gewollten Erfolg der Tötung, über die zum Handeln drängenden und von diesem abhalten- den Beweggründe sowie über die zur Herbeiführung des gewollten Erfolges erforderliche Tätigkeit handelt".¹ Es war der erklärte Wille des Entwurfsverfassers, an diese Auslegung anzuknüpfen.² Deshalb kann sie hier ohne weiteres zugrunde gelegt werden. Die Definition des Reichsgerichts aber macht deutlich, daß "Überlegung" keineswegs mit dem Wissen und Wollen der objektiven Tatumstände gleichgesetzt werden sollte. Entscheidendes Kriterium sollte vielmehr das verwerfliche Moment der kühlen, berechnenden Abwägung sein. Diese Abwägung jedoch ist nichts anderes als eine begleitende subjektive Vorstellung des Handelnden und damit ein besonderes (subjektiv) persönliches Merkmal.

3. Kindestötung (§ 136 E 62) und Tötung auf Verlangen (§ 137 E 62)

Kindestötung und Tötung auf Verlangen bringen gegenüber dem geltenden Recht keine materielle Änderung. Abgesehen von den Strafdrohungen erfolgte bei letzteren nur eine sprachliche Verbesserung.³ Entsprechend den §§ 216, 217 StGB sind demnach auch hier die Eigenschaft als uneheliche Mutter bzw. die außergewöhnliche Motivierung als besondere (objektiv bzw. subjektiv) persönliche Merkmale anzusehen.

1) RGSt. 42, 260, 262

2) E 62, Begr., S. 272

3) E 62, Begr., S. 274

III. DER ALTERNATIV-ENTWURF

1. Die Vorsätzliche Tötung (§ 100 AE)

a) Die "Begehungsmerkmale" des § 100 Abs. 2 Nr.1 bis 3 AE

Im Gegensatz zum geltenden Recht und auch zum Entwurf 1962 knüpft der Alternativ-Entwurf die gegenüber der "einfachen" vorsätzlichen Tötung erhöhte Strafdrohung nicht an eine besondere sittliche Verwerflichkeit. Schutz der Rechtsgüter sei primäre Aufgabe des Strafrechts, nicht aber die Vergeltung sittlicher Schuld.¹ Von dieser grundlegenden Vorstellung ausgehend ist es folgerichtig, daß eine erhöhte Strafsanktion u. a. dort als angemessen erachtet wird, wo das geschützte Rechtsgut Leben in besonderer Weise verletzt oder bedroht wird. Eine gegenüber der "einfachen" vorsätzlichen Tötung schwerere Verletzung oder Gefährdung des Rechtsguts Leben geschieht aber in erster Linie durch einen außergewöhnlichen äußeren Handlungsablauf oder -erfolg. Ist dies so, dann müßten Merkmale dieser Art rein sachlicher Natur sein.

aa) Die Formulierung der Nr. 1 "durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Menschen tötet" beinhaltet denn auch ausschließlich Tatbestandsmerkmale, welche die final-kausale Grundstruktur beschreiben. Es handelt sich insoweit um nichts anderes als um eine spezielle Regelung des Konkurrenzverhältnisses, wobei sowohl Fälle der Tateinheit als auch der Tatmehrheit erfaßt sind.²

bb) Die Variante der Nr. 2 "durch die Tat das Leben weiterer Menschen unmittelbar gefährdet" ähnelt dem Mordmerkmal des geltenden Rechts "mit gemeingefährlichen

1) AE, BT I, Begr., S. 17; AE, AT, Begr., S. 29 und § 2 Abs. 1 AE

2) AE, BT I, Begr., S. 19

Mitteln". In bewußter Abweichung¹ stellt der Alternativ-Entwurf jedoch nicht auf die Art der Tötungsmittel, sondern einzig auf die Lebensgefährdung weiterer Menschen ab; nicht das Mittel muß gemeingefährlich sein, sondern der (bewußte und gewollte) äußere Handlungsablauf. Ist nach dem geltenden Recht die Gemeingefährlichkeit eines Mittels erst nach Relativierung mit den intellektuell-technischen Fähigkeiten des Täters zu erkennen, so kann dies bei der Anwendung der Nr. 2 völlig außer Betracht bleiben. Mehr noch als im geltenden Recht besteht daher kein Zweifel an der sachlichen Natur dieses Merkmals.

cc) Auch in der Nr. 3 haben die Entwurfsverfasser mit Bedacht eine Formulierung gewählt, welche die unrechtsteigernde Gewichtigkeit der Rechtsverletzung ausdrücken soll. Auf die (unbarmherzige, gefühllose) Gesinnung sollte es entgegen dem geltenden Mordmerkmal "grausam" gerade nicht ankommen.² Dieser Intention entsprechend beinhaltet die Nr. 3 mit den Worten "dem Opfer bei der Tat erhebliche körperliche oder seelische Qualen zufügt" nichts anderes als die auf die sachliche Komponente reduzierte Auslegung des Merkmals "grausam" in § 211 Abs. 2 StGB.

b) Die "subjektiven Unrechtsmerkmale" des § 100
Abs. 2 Nr. 4 und 5 AE

Nach Ansicht der Entwurfsverfasser schafft eine vorsätzliche Tötung auch dann schwereres Unrecht, wenn sie zu "nichtigen oder besonders wertwidrigen Zwecken" begangen wird. Hierdurch manifestiere der Täter eine

1) AE a. a. O.

2) AE a. a. O.

besondere Geringschätzung des menschlichen Lebens.¹
Es kann nicht übersehen werden, daß mit dieser Feststellung die Grundkonzeption, wonach das Strafrecht allenfalls auf Rechtsgüterschutz abzielen könne, zumindest eine Einschränkung erfährt. Besondere Geringschätzung des menschlichen Lebens dokumentiert eben auch sittliche Schuld und indiziert damit ein ethisches Unwerturteil. Den Entwurfsverfassern jedenfalls erschien es - wohl aus kriminalpolitischen Gründen - angezeigt, Sachverhalte dieser Art den Fällen schwererer Rechtsgutverletzung gleichzustellen.²

aa) "Mutwillig" soll eine Tötung nach Nr. 4 dann sein, wenn "der Täter ohne ein ihn drängendes Motiv tötet, etwa um des Erlebnisses willen, einen Menschen sterben zu sehen oder um seine Macht über Gefangene oder andere Wehrlose auszukosten". Mit der Forderung "absichtlichen" Handelns sollten diejenigen Fälle ausgeschieden werden, in denen nur bedingter Vorsatz festgestellt werden kann, wie etwa bei riskanten, tödlich endenden Wettfahrten.³ Wird diese Interpretation zugrunde gelegt, so ist unter "absichtlich" nichts anderes zu verstehen als Vorsatz in der qualifizierten Form des *dolus directus*. Insoweit handelt es sich also um ein sachliches Merkmal. Der "Mutwille" ist demgegenüber eine außergewöhnliche begleitende subjektive Einstellung und damit besonderes (subjektiv) persönliches Merkmal.

bb) Die Qualifikationen der Nr. 5 entstammen im wesentlichen dem geltenden Recht. Das Absichtsmerkmal "zur Ermöglichung einer Straftat" ist sachlich identisch mit der Ermöglichungsabsicht des § 211 Abs. 2 StGB. Die

1) AE a. a. O.

2) Vgl. dazu HANACK, ZRP 70, 132, 133.

3) AE a. a. O.

beiden anderen Absichtsmerkmale der Nr. 5 bringen gegenüber dem geltenden Recht ebenfalls keine umwälzende Neuerung. Die Formulierung "zur Verdeckung einer Straftat auf Grund eines vor der Straftat gefaßten Entschlusses" beabsichtigt lediglich eine Einschränkung: Der erst bei oder nach Begehung einer anderen Straftat gefaßte Entschluß zur Tötung sollte wegen der schuld mindernden Motivationslage ausgeschieden werden.¹ Intention der Variante "zur Erlangung eines Vermögensvorteils" war wohl eine schärfere Konturierung des umstrittenen Motivs "aus Habgier" in § 211 Abs. 2 StGB. Feststeht jedenfalls, daß die Autoren des Alternativ-Entwurfs mit diesen Absichtsmerkmalen - genau wie das geltende Recht - keine Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes anstrebten. Nicht die Verhinderung einer weiteren Straftat oder deren Verdeckung, geschweige denn die Mißbilligung des begehrten Vermögensvorteils, sind ratio der erhöhten Strafdrohung, sondern das krasse Mißverhältnis zwischen Zweck und Mittel.² Wie bei den Absichtsmerkmalen des § 211 Abs. 2 StGB handelt es sich hier nicht um verkappte sachliche, sondern um echte besondere (subjektiv) persönliche Merkmale.

c) Die "objektivierten Schuldmerkmale" des § 100
Abs. 3 Nr. 1 und 2 AE

Geschütztes Rechtsgut sämtlicher Tötungsdelikte ist das menschliche Leben. Ein Strafrecht, das primär auf Schutz der Rechtsgüter abzielt, vermag wegen der Gleichwertigkeit des Lebens grundsätzlich keine minder schweren Fälle der vorsätzlichen Tötung anzuerkennen. Wenn der Alternativ-Entwurf dennoch in bestimmten Fällen eine verminderte Strafe androht, so kann der Grund hierfür nicht in einer

1) AE a. a. O.

2) AE a. a. O.

Minderung des Unrechts, sondern allenfalls in einer Minderung der Schuld liegen. Der Abs. 3 regelt daher, obwohl als echter Tatbestand konzipiert, Fälle verminderter Schuld.¹ In der Nr. 1 wird der Begriff "Schuld" sogar wie in § 134 Abs. 3 E 62 expressis verbis verwendet - ein Beweis dafür, daß auch die Autoren des Alternativ-Entwurfs typisierte Schuldmerkmale im Bereich der Tatbestandsmäßigkeit anerkennen.

aa) Die Nr. 1 bringt wiederum in bewußter Abkehr von der Regelung des § 213 StGB benannte Milderungsgründe. Es handelt sich in gewisser Weise um eine Kombination der Abs. 2 und 3 des § 134 E 62. Die dort verwendeten Motivationen "Mitleid" und "Verzweiflung" sind allerdings deshalb nicht übernommen, weil nach Ansicht der Verfasser diese psychischen Sachverhalte entweder den "schuld mindernden Beweggründen" oder aber der "schuld mindernden heftigen Gemütsregung" zuzuordnen sind.² Keinem Zweifel unterliegt es jedenfalls, daß auch hier nicht die final-kausale Grundstruktur beschrieben wird und deshalb besondere (subjektiv) persönliche Merkmale vorliegen.

bb) Als unproblematisch erweist sich auch die Nr. 2. Sie unterscheidet sich, abgesehen von der Strafdrohung, von der Kindestötung des § 217 StGB nur dadurch, daß die Beschränkung auf das uneheliche Kind entfällt. Nach Ansicht der Verfasser besteht bei jeder Geburt ein psychisch bedingter Ausnahmezustand, weshalb die Differenzierung des geltenden Rechts nicht zu rechtfertigen sei.³ Diese Erweiterung auf alle Gebärenden ändert jedoch nichts daran, daß weiterhin eine an der

1) AE a. a. O.

2) AE a. a. O.

3) AE a. a. O.

Person haftende Besonderheit, nämlich die Eigenschaft als Mutter des Kindes verlangt wird. Insoweit handelt es sich wiederum um ein besonderes (objektiv) persönliches Merkmal.

2. Die Tötung auf Verlangen (§ 101 AE)

Der Tatbestand der Tötung auf Verlangen ist im geltenden Recht nur dann erfüllt, wenn der Täter durch ausdrückliches und ernstliches Verlangen zur Tötung bestimmt worden ist. Maßgebend ist also nach § 216 StGB allein die besondere Motivation des Handelnden. Die von den Autoren des Alternativ-Entwurfs in § 101 AE vorgeschlagene Fassung zielt dagegen bewußt auf eine Abkehr von dieser Motivation. Primärer Grund der verminderten Strafdrohung sei nach heutiger Auffassung nicht der schuld mindernde Beweggrund des Täters, sondern eine Verminderung des Unrechts¹ (volenti non fit iniuria). Eine geringere Rechtsgutverletzung und damit eine Verminderung des Unrechts ist aber - genau wie eine schwerere Rechtsgutverletzung - in erster Linie denkbar aufgrund eines außergewöhnlichen äußeren Handlungsablaufs. § 101 AE beschreibt denn auch im Gegensatz zu § 216 StGB ausschließlich die final-kausale Grundstruktur; er enthält deshalb nur sachliche Merkmale.

1) AE, BT I, Begr., S. 21

G. DIE SYSTEMATIK DER VORSÄTZLICHEN TÖTUNGSDELIKTE IM
GELTENDEN RECHT, IM ENTWURF 1962 UND IM ALTERNATIV-
ENTWURF

Für die strafrechtlichen Folgen der Teilnahme an einem vorsätzlichen Tötungsdelikt ist zunächst von entscheidender Bedeutung, ob nur sachliche oder auch besondere persönliche Merkmale verwirklicht wurden. Im ersten Falle unterliegt der Teilnehmer grundsätzlich der streng akzessorischen Regelung der §§ 26, 27 StGB (§§ 30, 31 E 62; §§ 28, 29 AE). Allenfalls im zweiten Falle kann ihm die Akzessorietätslockerung nach § 28 StGB (§ 33 E 62; § 30 AE) zugute kommen. Dessen Anwendung verlangt allerdings eine weitere Differenzierung. Wird nur vom Täter ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal verwirklicht, so ergibt sich keine Tatbestandsverschiebung. Die Teilnehmerstrafe ist nach wie vor aus dem Strafraumen des vom Täter erfüllten Tatbestandes zu entnehmen; sie ist nur gemäß § 28 Abs. 1 StGB (§ 33 Abs. 1 E 62; § 30 Abs. 1 AE) obligatorisch zu mildern. Wird dagegen von einem Beteiligten (Täter oder Teilnehmer)¹ ein strafmodifizierendes besonderes persönliches Merkmal verwirklicht, sind nach § 28 Abs. 2 StGB (§ 33 Abs. 2 E 62; § 30 Abs. 1 AE) ganz verschiedene Strafraumen anzuwenden. Bevor die Teilnahme an den einzelnen vorsätzlichen Tötungsdelikten des geltenden Rechts, des Entwurfs 1962 und des Alternativ-Entwurfs untersucht werden kann, muß daher Klarheit darüber bestehen, in welchem rechtlichen Verhältnis diese zueinander stehen.

I. DAS GELTENDE RECHT

Die Strafrechtsnovelle des Jahres 1941 hatte - abgesehen von der Aufhebung der §§ 214, 215 StGB - nur eine völlige

1) Vgl. die Legaldefinition in § 28 Abs. 2 StGB (§ 33 Abs. 2 E 62; § 30 Abs. 2 AE).

Neuordnung der Tatbestände Mord und Totschlag gebracht. Die Tötung auf Verlangen und die Kindestötung waren unverändert geblieben. Dies führte dazu, daß in erster Linie die Systematik der §§ 211, 212, 213 StGB in Literatur und Rechtsprechung neu überdacht wurde, während das rechtliche Verhältnis der §§ 216, 217 StGB meist wie ehemals angesehen wurde. Entsprechend dieser Erscheinung soll auch hier die Systematik zunächst in bezug auf die §§ 211, 212, 213 StGB und dann hinsichtlich der §§ 216, 217 StGB erörtert werden.

1. Die §§ 211, 212, 213 StGB

Für das rechtliche Verhältnis der §§ 211, 212, 213 StGB zueinander sind wohl nur vier Möglichkeiten denkbar, die auch alle vertreten werden bzw. wurden: 1. Es gibt nur einen Tatbestand der vorsätzlichen Tötung, die anderen Tatbestände sind lediglich Strafzumessungsregeln; 2. Mord und Totschlag sind *delicta sui generis*; 3. Mord ist der Grundtatbestand; 4. Totschlag ist der Grundtatbestand.

a) Einheitlicher Tatbestand der vorsätzlichen Tötung

Die Ansicht, daß die §§ 211, 212, 213 StGB einen einheitlichen Tatbestand der vorsätzlichen Tötung bilden, wurde - soweit ersichtlich - nur von SCHRÖDER vertreten.¹ Nach seiner Meinung ist die Aufteilung des einheitlichen Tatbestandes der vorsätzlichen Tötung in schwerste, mittlere und leichte Fälle ausschließliche Aufgabe des Richters. Mord und Totschlag unterschieden sich nur quantitativ; die Mordmerkmale seien nicht abschließend² und nur Strafzumessungsregeln. Für die Teilnahme kommt er damit zu dem einfachen

1) SJZ 50, Sp. 560 ff.

2) Ebenso schon FREISLER, DJ 41, 929, 934.

Ergebnis, daß unabhängig von der Qualifikation der Haupttat für jeden Teilnehmer der volle Strafraum der §§ 211 ff. StGB zur Verfügung stehe. Innerhalb dieses weiten Rahmens sei es Aufgabe des Richters, nach der Persönlichkeitswertung die für den einzelnen Teilnehmer angemessene Strafe festzusetzen. Hieraus folgert SCHRÖDER weiter: "Der Gedanke an eine Bindung nach dem Prinzip der Akzessorietät kann gar nicht aufkommen, aber ebensowenig der an eine unbedingte Geltung des § 50 Abs. 2. Denn der § 50 enthält nur die Negierung der Akzessorietät; und von Akzessorietät i. e. S. kann nur da die Rede sein, wo das Gesetz abschließende Tatbestände gebildet hat."¹

Eine weitere Gefolgschaft blieb dieser Theorie versagt. So hat WELZEL mit Recht darauf hingewiesen, daß die Ansicht SCHRÖDERS insoweit tiefgreifend von der herkömmlichen Dogmatik abweicht, als sie benannte Strafänderungsgründe wie bloße Strafzumessungsregeln behandelt.² In der Tat ist nicht einzusehen, warum etwa die benannten Strafänderungsgründe des § 243 Abs. 1 StGB a. F. anerkanntermaßen den neuen Tatbestand des schweren Diebstahls schaffen sollten, während dies bei § 211 StGB gegenüber § 212 StGB nicht der Fall sein sollte. Gerade die nunmehr bei § 243 StGB n. F. angewandte Technik der Regelbeispiele zeigt m. E. deutlich, daß benannte Strafänderungsgründe ansonsten stets zu einem eigenen Straftatbestand führen. Vor allem aber stößt diese Ansicht - was ebenfalls schon WELZEL³ andeutete -

1) SJZ 50, Sp. 566; aus SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. § 211 Rdn. 4 f. und § 211 Rdn. 5 ff. ist nicht ganz ersichtlich, ob SCHRÖDER daran festhält; jedenfalls betrachtet er § 211 StGB nach wie vor nicht als abschließend.

2) JZ 52, 72, 74; gegen WELZEL wiederum SCHRÖDER in JZ 52, 526 mit der Ansicht, § 211 StGB enthalte eben unbenannte Strafänderungsgründe.

3) WELZEL a. a. O.

auf rechtsstaatliche Bedenken. Gerade bei der absoluten Strafdrohung des § 211 Abs. 1 StGB gewinnt der Grundsatz "nulla poena sine lege scripta" (§ 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG) besondere Bedeutung.

b) Mord als eigenständiges Delikt

Vor der Novelle von 1941 bestand in Literatur und Rechtsprechung weitgehend Einigkeit darüber, daß der Totschlag als Grundtatbestand anzusehen sei.¹ Durch die Neufassung, welche den Mord positiv, den Totschlag aber durch negative Abgrenzung definierte, sollte nach dem erklärten Willen des nationalsozialistischen Gesetzgebers ersterer zum eigenständigen Delikt erklärt werden. FREISLER, damals Staatssekretär im Reichsjustizministerium, brachte diesen Willen sodann auch deutlich zum Ausdruck. Gedanklicher Ausgangspunkt sei nunmehr eindeutig der positiv umrissene Mord. Ob Totschlag vorliege, könne der Richter deshalb nur dann beantworten, wenn er sich Rechenschaft darüber abgelegt habe, daß und warum die Tat nicht Mord, der Täter nicht Mörder sei. Daher könne es auch nicht richtig sein, im Morde einen qualifizierten Totschlagstatbestand zu sehen. Der Mörder sei von grundsätzlich anderer Wesensart als der Totschläger.²

aa) Der Wille des historischen Gesetzgebers sollte anfangs auch in der Literatur nicht ohne Auswirkungen bleiben. Zwar anerkannte man nicht, daß nunmehr jeweils eigenständige Tatbestände vorliegen sollten, obwohl dies offensichtlich gewollt war. Aufgrund der positiven Definition des Mordes und der negativen Abgrenzung des Totschlags glaubte man jedoch nicht umhin zu können,

1) Vgl. Fußn. 1 S. 13 sowie RGSt. 51, 116, 119.

2) FREISLER, DJ 41, 929, 934

nunmehr den § 211 StGB als Grundtatbestand anzusehen. So meinte beispielsweise Eb. SCHMIDT, da der Richter sich nur über § 211 StGB an § 212 StGB heranarbeiten könne, läge es nahe, den § 211 StGB als Ausgangs- oder Grundtatbestand anzusehen.¹

bb) Als wesentlich "höriger" erwies sich demgegenüber die Rechtsprechung. Im Jahre 1951 sah sich erstmals der Zweite Strafsenat des Bundesgerichtshofs gezwungen, zu dieser umstrittenen Frage Stellung zu nehmen.² Noch weniger als Eb. SCHMIDT glaubte dieser, sich über den durch die prägnante Textierung verdeutlichten Willen des historischen Gesetzgebers hinwegsetzen zu dürfen. Da § 211 StGB "als Mörder" und § 212 StGB "als Totschläger" bestraft, stelle das Gesetz zwei selbständige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt auf.³ Das Gesetz kennzeichne die in § 211 StGB aufgeführten Begehungsweisen der Tötung nicht als schwere Fälle des Totschlags, sondern als eine andere Straftat. Die Merkmale des § 211 StGB seien daher "echte Tatbestandsmerkmale".⁴ § 211 StGB sei kein schwerer Fall des § 212 StGB und § 212 StGB kein minder schwerer Fall des § 211 StGB. Mord und Totschlag seien vielmehr zwei selbständige Tatbestände, von denen jeder bestehen könnte, auch wenn es den anderen nicht gäbe.⁵ Mit dieser primär grammatischen Auslegung legte der Zweite Strafsenat den Grundstein für eine ständige Rechtsprechung⁶, an der der Bundesgerichtshof bis heute trotz beachtlicher Gegenstimmen in der Literatur und ohne sich mit diesen auseinanderzusetzen festgehalten hat.

1) Eb. SCHMIDT, DRZ 49, 241 (dort in Fußn. 2 auch Hinweis auf andere)

2) BGHSt. 1, 368

3) BGHSt. 1, 368, 370

4) BGHSt. 1, 368, 371

5) BGHSt. 1, 368, 372

6) BGHSt. 2, 251, 255; 6, 329, 330; 22, 375, 377

Die Auswirkungen dieser Rechtsprechung waren für nahezu zwei Jahrzehnte evidente Ungerechtigkeiten bei der Teilnahme. Da nach der alten Fassung des § 50 Abs. 2 StGB allenfalls strafmodifizierende (und -ausschließende), nicht aber strafbegründende besondere persönliche Merkmale berücksichtigt werden konnte, mußte die Strafe des Teilnehmers stets aus dem Strafraumen des vom Täter verwirklichten Delikts entnommen werden. Folgerichtig hatte denn auch der Zweite Strafsenat 1951 als ersten Leitsatz formuliert: "Wer aus niedrigem Beweggrund zum Totschlag angestiftet hat, ist nur wegen Anstiftung zum Totschlag zu bestrafen." In Erkenntnis der Ungerechtigkeit und in Abschwächung des formal gewonnenen Ergebnisses fügte er jedoch sogleich hinzu: "Der niedrige Beweggrund darf bei der Strafzumessung berücksichtigt werden."¹ Gemildert wurden die Folgen dieser Rechtsprechung der Exklusivität erst durch die "Hereinnahme" strafbegründender besonderer persönlicher Merkmale in den § 50 StGB durch die Novelle des Jahres 1968. Nunmehr mußte in Fällen, in denen nur der Täter ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal verwirklicht hatte, die Strafe des Teilnehmers wenigstens nach Versuchsgrundsätzen gemildert werden. Ungerecht und unbefriedigend blieb aber weiterhin der umgekehrte Fall, wie er auch dem Urteil des Zweiten Strafsenats zugrunde lag²: strafbegründende besondere persönliche Merkmale in der Person des Teilnehmers, die beim Täter fehlen. Diese Fallgestaltung wird auch, worauf bereits hingewiesen wurde, von § 28 Abs. 1 StGB nicht erfaßt, weshalb bei Annahme von Exklusivität zwischen § 211 StGB und § 212 StGB der aus niedrigen Beweggründen handelnde Teilnehmer weiterhin davon profitiert, wenn der Haupttäter nur wegen Totschlags verurteilt wird.³

1) BGHSt. 1, 368 f.

2) Anstiftung zum Totschlag aus niedrigem Beweggrund (Rachsucht)

3) So richtig SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 211 Rdn. 30.

c) Totschlag als Grundtatbestand

Gegen die beiden zuletzt genannten, primär auf grammatischer und historischer Auslegung beruhenden Meinungen wandte sich - soweit ersichtlich - als erster LANGE.¹ Die Auffassung, wonach aufgrund der Novelle des Jahres 1941 Mord nunmehr als Grundtatbestand anzusehen sei, könne weder aus historischen noch aus systematischen oder methodischen Gründen geteilt werden. Nicht von einer Zahl oder einem Wort sei auszugehen, sondern von der inneren Struktur und Funktion der Tatbestände. Dann aber sei dem Wesen nach Grundtatbestand die vorsätzliche Tötung schlechthin, also der Totschlag. Daß die Abwesenheit qualifizierender Merkmale den Grundtatbestand kennzeichne, sei eine Binsenwahrheit.² Damit schwenkte LANGE zwar als erster wieder auf die vor 1941 h. M. ein, wich aber gleichzeitig insoweit entscheidend von ihr ab, als er nunmehr nur einen Unrechtstyp der vorsätzlichen Tötung anerkennen wollte, der in § 212 StGB erschöpfend umrissen sei. Mord charakterisiere demgegenüber lediglich einen Schuld-erhöhungstyp.³ Die - m. E. falschen - Folgerungen, die LANGE hieraus in bezug auf die Teilnahme zieht, sind bereits früher dargelegt worden.⁴

Die von LANGE entwickelte "einheitliche Schuldtheorie" wurde zwar in Rechtsprechung⁵ und Lehre einheitlich abgelehnt. Sein vom Gesetzestext losgelöstes Verständnis des Verhältnisses von § 211 StGB zu § 212 StGB fand aber zumindest bei letzterer sogleich zahlreiche Anhänger.⁶

1) JR 49, 165 ff.; vorher zwar schon CLASS, NJW 49, 83, 84, allerdings ohne nähere Begründung.

2) JR 49, 165, 171

3) a. a. O.

4) Vgl. oben C II 1 c (am Ende).

5) BGHSt. 1, 368, 370 f.

6) WELZEL, JZ 52, 72, 73 und die dort unter Fußn. 14 Genannten.

So machte WELZEL darauf aufmerksam, daß der Mordtatbestand trotz seiner positiven Fassung gar nicht Ausgangspunkt der richterlichen Subsumtion sein könne: "Erst wenn man festgestellt hat, daß jemand einen Menschen vorsätzlich getötet, also den Totschlagtatbestand verwirklicht hat, kann man die Mordqualifikationen prüfen!"¹ Mit dieser lapidaren Feststellung bricht aber das Hauptargument derjenigen zusammen, die meinen, Mord müsse deshalb als Grundtatbestand angesehen werden, weil der Richter sich nur über § 211 StGB an § 212 StGB heranarbeiten könne.² Abgesehen von der sprachlichen Fassung unterscheidet sich § 211 StGB von § 212 StGB sachlich nur dadurch, daß zusätzliche Merkmale neben der vorsätzlichen Tötung verlangt werden. Genau dies aber zeichnet das Verhältnis von Grundtatbestand zu Qualifizierung (bzw. Privilegierung) aus. Letztere hebt sich vom Grundtatbestand nur dadurch ab, daß das Gesetz weitere Tatbestandsmerkmale erwähnt. Grundtatbestand ist somit regelmäßig diejenige Handlungsweise, die in allen Tatbeständen - wenn auch mit zusätzlichen Handlungsmomenten - beschrieben wird. Dies aber ist bei den §§ 211 ff. StGB eindeutig die "einfache" vorsätzliche Tötung, genauso wie es bei den §§ 223 ff. StGB die einfache Körperverletzung und bei den §§ 249 ff. StGB der einfache Raub ist.

Neben diesen systematischen und methodischen Argumenten muß aber auch die historische und grammatische Auslegung des Bundesgerichtshofs³ zurücktreten. Dies folgt zum einen daraus, daß anerkanntermaßen der Wille des historischen Gesetzgebers zwar ein Indiz für die Auslegung bieten kann, darüber hinaus aber den Richter in der Gesetzesanwendung

1) WELZEL a. a. O.

2) FREISLER, DJ 41, 929, 934; Eb. SCHMIDT, DPZ 49, 241

3) BGHSt. 1, 368, 370 ff.

nicht bindet. Maßgebend ist allenfalls der objektivierte Wille des historischen Gesetzgebers.¹ Hiervon ausgehend erscheint es jedoch nicht gerechtfertigt, das Verhältnis von Grundtatbestand zu Qualifizierung, wie es vor der Novelle von 1941 allgemein angenommen wurde, nur deshalb aufzugeben, weil § 211 StGB nunmehr "als Mörder", § 212 StGB aber "als Totschläger" bestrafen. Der national-sozialistische Gesetzgeber mag mit dieser tätertypischen Sprache eigenständige Delikte gewollt haben, materiell hat er jedenfalls an der Grundvoraussetzung, nämlich der "einfachen" vorsätzlichen Tötung, nichts ändern können.

Mit der wohl h. L.² ist somit festzuhalten: Trotz der sprachlichen und inhaltlichen Neufassung der §§ 211, 212 StGB durch die Novelle von 1941 ist § 212 StGB weiterhin als Grundtatbestand anzusehen.

2. Die §§ 216, 217 StGB

Rechtsprechung bedeutet oftmals nichts anderes als juristische Untermauerung eines gewünschten und deshalb bereits feststehenden Ergebnisses. "Unerträgliche" Rechtsfolgen werden durch entsprechende Anwendung des dogmatischen Instrumentariums ausgeschaltet, Mißlichkeiten werden auf anderen Gebieten dafür - bewußt oder unbewußt - eingehandelt. Die Rechtsprechung zur Deliktsnatur der §§ 216, 217 StGB muß als Lehrbeispiel einer derartigen ergebnisorientierten Interpretation angesehen werden.

Bei der Anwendung der §§ 216, 217 StGB sah sich das

1) So grundlegend BVerfGE 1, 299, 312.

2) Außer LANGE und WELZEL z. B. MAURACH, BT, S. 22; SCHAEFER, LK, Vorbem. II 1 vor § 211; ENGISCH, GA 55, 161, 166; DREHER, § 211 Anm. 4.

Reichsgericht im wesentlichen mit zwei Schwierigkeiten konfrontiert. Die erste bestand in dem gesetzlichen "Paradoxon", daß Totschlag bei mildernden Umständen nach § 213 StGB mit nur sechs Monaten Gefängnis bestraft werden konnte, während die Mindeststrafen der Tötung auf Verlangen und der Kindestötung erheblich höher lagen, nämlich drei Jahre Gefängnis bei § 216 StGB und zwei Jahre bei § 217 StGB. Die Frage, ob § 213 StGB bei allen vorsätzlichen Tötungsdelikten anwendbar sei, drängte sich daher förmlich auf. Kopfzerbrechen bereitete aber vor allem ein Konkurrenzproblem: Da eine Tötung auf Verlangen regelmäßig, Kindestötung zumindest manchmal mit "Überlegung" ausgeführt wurde, mußte häufig auch der Tatbestand des Mordes (§ 211 StGB a. F.) ins Auge gefaßt werden. Daß aber dennoch letzten Endes ausschließlich der § 216 bzw. 217 StGB Anwendung finden mußte, lag von der ratio legis her auf der Hand. Das Reichsgericht glaubte, die "unerträgliche" Rechtsfolge - Bestrafung aus § 211 StGB a. F. - generell nur dadurch abwenden zu können, daß es sowohl § 216 StGB als auch § 217 StGB zum Sonderdelikt erklärte. So judizierte es bei der Tötung auf Verlangen, der § 216 StGB enthalte keinen bloßen Strafmilderungsgrund, sondern den Tatbestand eines selbständigen Vergehens, der als der engere den des Mordes wie des Totschlags ausschließe.¹ Die Rechtsprechung zur Kindestötung lautete entsprechend.² Auch nach der Neufassung der §§ 211, 212 StGB sahen sich weder Reichsgericht noch Bundesgerichtshof veranlaßt, diese Rechtsprechung aufzugeben. So formulierte noch das Reichsgericht im Jahre 1944 folgenden Leitsatz: "Auch nach der jetzigen Gesetzeslage ist § 217 ein Sondertatbestand

1) RGSt. 53, 293, 294; ständige Rechtsprechung, vgl. RGSt. (Vereinigte Strafsenate) 28, 200, 205 ff. (mit ausführlicher Entstehungsgeschichte) und RGSt. 45, 247, 248.

2) RGSt. 59, 8, 9

gegenüber § 211. Liegen die Voraussetzungen des § 217 vor, so ist § 211 unanwendbar."¹ Der Bundesgerichtshof hat hieran 1951 wieder angeknüpft.² Und auch hinsichtlich § 216 StGB sah er 1952 keinen "wesentlichen Gesichtspunkt, der eine Änderung in der Beurteilung der Eigenart dieser Straftat rechtfertigen könnte"; denn es sei auch nach der Novelle des Jahres 1941 "nicht ausgeschlossen, daß der Täter daneben aus Habgier, aus einem sonstigen niedrigen Beweggrund oder grausam handelt".³ Unvermeidliches Nebenprodukt dieser Rechtsprechung war zunächst die Unanwendbarkeit des wesentlich mildernden § 213 StGB bei Begehung einer Tötung auf Verlangen bzw. einer Kinstötung. Diese Ungereimtheit wurde erst im Jahre 1953 durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz⁴ beseitigt, welches die Mindeststrafe in beiden Tatbeständen auf sechs Monate Gefängnis herabsetzte und damit dem § 213 StGB anpaßte. Eingehandelt hatte man sich mit der Sonderdeliktstheorie aber auch noch konstruktive Schwierigkeiten bei der Teilnahme, die allenfalls im Hinblick auf das Primärziel - Ausschluß des § 211 StGB - hingenommen werden könnten. Die ergebnisorientierte Rechtsprechung ist jedoch dann nicht mehr zu rechtfertigen, wenn die §§ 216, 217 StGB nicht nur als Sonderdelikte, sondern auch als Privilegierungen die Anwendbarkeit des § 211 StGB ausschließen würden.

Zweifel an der Notwendigkeit der "Sonderdeliktslösung" entstehen schon dann, wenn das Konkurrenzproblem durch Abwägung der einzelnen Tatbestandselemente gelöst wird.⁵

1) RG DR 44, 657

2) BGHSt. 1, 235, 238; für "Sonderdelikt" z. B. auch DREHER, § 217 Anm. 1 und SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 217 Rdn. 2.

3) BGHSt. 2, 258, 259; bestätigt in BGHSt. 13, 162, 165; für "Sonderdelikt" wiederum DREHER, § 216 Anm. 1 und SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 216 Rdn. 2; anders aber noch SCHRÖDER in SJZ 50, 560, 569.

4) Vom 4. 8. 1953 (BGBl. I 735).

5) Z. B. WELZEL, JZ 52, 72, 74.

So meint beispielsweise WELZEL, daß bei heimtückischer und grausamer Tötung § 216 StGB prinzipiell ausgeschlossen ist, "da für die erstere kein Verlangen des Täters vorliegen kann, für die letztere nicht vorliegen wird." Aber auch ein anderer unterstützender Beweggrund bliebe seiner Ansicht nach unschädlich, solange nur "das Verlangen des Getöteten der ausschlaggebende Grund für den Entschluß des Täters war". § 217 StGB ginge aber dem § 211 StGB stets vor, "da § 217 in objektivierter Fassung die durch den Geburtsvorgang bedingte Gemütslage der Gebärenden generell privilegieren" wolle.¹ Immerhin mögen jedoch Fälle denkbar sein, in denen die Abwägung nicht so ohne weiteres zu klaren Ergebnissen führt. Für die Behandlung als Sonderdelikte entfällt die Berechtigung jedoch vollends, wenn die Lehre von der Sperrwirkung des mildereren Tatbestandes akzeptiert wird. Nach dieser ist bei Konkurrenz privilegierender und qualifizierender Umstände zu unterscheiden: Eine Privilegierung und eine Qualifizierung kann nur dann nebeneinander Anwendung finden, wenn auch die Rechtsfolgen ergänzend nebeneinander bestehen können; schließen dagegen die Rechtsfolgen des privilegierenden und des qualifizierenden Tatbestandes einander aus, so findet nur der privilegierende Tatbestand Anwendung.² Diese Lehre kann nicht nur den Vorzug größter Einfachheit und Klarheit für sich verbuchen, sondern sie führt m. E. regelmäßig auch zu sachgerechten Lösungen.

Als Ergebnis kann somit notiert werden: Tötung auf Verlangen und Kindebstötung sind lediglich Privilegierungen des Grundtatbestandes Totschlag. In Konkurrenzfällen verhindert

1) WELZEL a. a. O. Fußn. 22; ähnlich MEZGER-BLEI, Strafrecht II, S. 25 und 27; dagegen bejaht Eb. SCHMIDT, DRZ 49, 241, 242 zwar den privilegierenden Charakter der §§ 216, 217 StGB, § 211 StGB soll aber vorgehen. BGHSt. 2, 258, 259 hält im Rahmen des § 216 StGB auch ein grausames Handeln für möglich.

2) MAURACH, AT, S. 242; ebenso JESCHECK, AT, S. 202 f.

die Sperrwirkung des milderer Tatbestandes in jedem Falle eine Bestrafung aus § 211 StGB.¹

II. DER ENTWURF 1962

Erklärtes Ziel des Entwurfsverfassers war es u. a., durch einen systematischen Gesetzesaufbau Unklarheiten in dem Verhältnis der Tötungstatbestände zueinander zu beseitigen. Als Vorbild dienten die Art. 111 ff. Schweizer. StGB. Durch Voranstellung der "einfachen" vorsätzlichen Tötung in § 134 Abs. 1 E 62 sollte dessen Charakter als Grundtatbestand besonders herausgestellt werden. Dieser Grundtatbestand sollte durch den Mord (§ 135 E 62) qualifiziert und durch die Tötung auf Verlangen (§ 137 E 62), die Kindestötung (§ 136 E 62) sowie durch die Tatbestände des § 134 Abs. 2 und 3 E 62 privilegiert werden.²

Man wird zugeben müssen, daß die beabsichtigte Klarstellung jedenfalls im wesentlichen gelungen ist. Der Entwurf 1962 grenzt nicht wie das geltende Recht den Totschlag negativ vom Mord ab, sondern definiert sämtliche Tötungsdelikte positiv. Deshalb sind hier auch jene gezwungen, die "einfache" vorsätzliche Tötung als Grundtatbestand anzusehen, die im geltenden Recht Mord deshalb als Grunddelikt bezeichnen, weil Totschlag angeblich erst nach dessen gedanklicher Prüfung und Verneinung festgestellt werden könne. Aber auch die vom Bundesgerichtshof vertretene Auffassung der Exklusivität von Mord und Totschlag findet im Entwurf 1962 keine Stütze mehr. Zwar unterscheidet der Entwurf aus traditionellen Gründen³ nach wie vor zwischen Mord und Totschlag als zwei besonders markanten Typen vorsätzlicher Tötung.

1) So ausdrücklich MAURACH, BT, S. 40 und 42.

2) E 62, Begr., S. 270

3) E 62 a. a. O.

Dies wiederum könnte auf zwei selbständige, voneinander unabhängige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt hindeuten. Zu beachten ist jedoch, daß der Bundesgerichtshof die Exklusivität für das geltende Recht nicht aus der unterschiedlichen Deliktsbezeichnung ableitet, sondern in erster Linie aus der Bestrafung "als Mörder" und "als Totschläger".¹ Nach der hier vertretenen Auffassung ist § 134 Abs. 1 E 62 - unabhängig vom Aufbau des Gesetzes - schon deshalb Grundtatbestand, weil er die Grundhandlungsweise sämtlicher Tötungsdelikte beschreibt. Die "einfache" vorsätzliche Tötung ist in den übrigen Tötungsdelikten jeweils nur "angereichert" mit zusätzlichen Tatumständen. Damit aber liegen typische Fälle von Qualifizierung oder Privilegierung vor. Auch eine Notwendigkeit, die mit den §§ 216, 217 StGB sachlich übereinstimmenden §§ 136, 137 E 62 zu Sonderdelikten zu erklären, besteht nicht. Insoweit kann auf das zum geltenden Recht Gesagte verwiesen werden.

III. DER ALTERNATIV-ENTWURF

Der Alternativ-Entwurf bricht durch die Schaffung eines einheitlichen Tatbestandes der vorsätzlichen Tötung (mit Ausnahme der Tötung auf Verlangen) erstmals mit der deutschen Rechtstradition der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag. Die Verfasser verfolgten damit jedoch primär nicht eine dogmatische Vereinfachung der Teilnahmeprobleme gegenüber dem geltenden Recht. Ausschlaggebend war vielmehr die Vorstellung, daß es innerhalb der vorsätzlichen Tötungen zwar Fälle von größerem oder geringerem Unrechts- und Schuldgehalt, jedoch keine Zäsuren gibt, welche die traditionelle Differenzierung rechtfertigen würden.² Dennoch muß eingeräumt werden, daß durch die Zusammenfassung zu

1) BGHSt. 1, 368, 370

2) AE, BT I, Begr., S. 17

einem einheitlichen Tatbestand der Vorsätzlichen Tötung gleichsam als Nebenprodukt dem das geltende Recht belastenden Meinungsstreit der Boden entzogen wird. § 100 Abs. 1 AE normiert vorangestellt den Grundtatbestand, der durch die benannten Strafschärfungsgründe in Abs. 2 qualifiziert und durch die benannten Strafmilderungsgründe in Abs. 3 privilegiert wird. Allenfalls die Tötung auf Verlangen mag der "Sonderdeliktstheorie" noch einen Ansatzpunkt bieten, zumal ihr als einziger vorsätzlicher Tötung ein eigener Paragraph gewidmet wurde. Der mutmaßliche Grund für die "Ausgliederung" der Tötung auf Verlangen bestand jedoch nur darin, daß hier - anders als bei den Strafmilderungsgründen des § 100 Abs. 3 AE - nicht die Schuld, sondern die Rechtsgutverletzung als geringer erachtet wurde.¹ Deshalb gilt auch hier wiederum: Grundhandlungsweise ist die in § 100 Abs. 1 AE beschriebene "einfache" vorsätzliche Tötung, § 101 AE enthält demgegenüber nur zusätzliche Tatumstände. Die Behandlung des § 101 AE als unselbständigen Strafmilderungsgrund entspricht im übrigen auch dem Willen der Verfasser.²

1) AE, BT I, Begr., S. 19

2) AE, BT I, Begr., S. 21

H. DIE STRAFBARKEIT DER BETEILIGTEN AN DEN EINZELNEN
VORSÄTZLICHEN TÖTUNGSDELIKTEN IM GELTENDEN RECHT,
IM ENTWURF 1962 UND IM ALTERNATIV-ENTWURF

Im folgenden soll nun auf der Basis der bislang gewonnenen Ergebnisse die Strafbarkeit der Beteiligten an den einzelnen vorsätzlichen Tötungsdelikten des geltenden Rechts, des Entwurfs 1962 und des Alternativ-Entwurfs untersucht werden. Eventuelle Abweichungen gegenüber der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs oder auch gegenüber der h. L. gilt es dabei besonders herauszustellen. Daß eine Beschränkung auf die wesentlichsten Fallkonstellationen notwendig ist, versteht sich von selbst, zumal die Variationsmöglichkeiten unübersehbar sind. Als Ausgangspunkt und Voraussetzung der folgenden Betrachtungen seien die bisherigen Erkenntnisse nochmals kurz in Erinnerung gerufen: 1. Sowohl im geltenden Recht wie auch in den beiden Entwürfen ist Grundtatbestand die "einfache" vorsätzliche Tötung (§ 212 StGB; § 134 Abs. 1 E 62; § 100 Abs. 1 AE); die anderen Tatbestände beinhalten nur qualifizierende oder privilegierende Umstände. 2. Der Entwurf 1962 kennt keine strafmodifizierenden sachlichen, sondern nur besondere persönliche Merkmale; der Alternativ-Entwurf und das geltende Recht kennen dagegen sowohl strafmodifizierende sachliche als auch besondere persönliche Merkmale, letzteres darüber hinaus sogar noch strafschärfende Merkmale mit Doppelcharakter. Weitere unausgesprochene Prämisse aller zu prüfenden Fallvarianten ist zudem, daß jeder Beteiligte das Vorliegen bzw. die Verwirklichung sämtlicher Tatbestandsmerkmale bei dem anderen Beteiligten kennt, da ansonsten nicht gewöhnliche Teilnahme, sondern allenfalls Täterexzeß, Tatbestandsirrtum (beim Gehilfen) oder aber mittelbare Täterschaft (beim angeblichen Anstifter) in Frage kämen.

Die folgenden grundlegenden Fallgestaltungen lassen sich hiernach unterscheiden:

I. EIN QUALIFIZIERENDES MERKMAL WIRD NUR VON EINEM BETEILIGTEN VERWIRKLICHT

1. Nur der Täter verwirklicht ein qualifizierendes Merkmal

a) Ein qualifizierendes besonderes persönliches Merkmal

aa) Für das geltende Recht sei diese Fallvariante zunächst auf die rein persönlichen Merkmale beschränkt. Als strafschärfende Umstände dieser Art sind zum einen die Motivmerkmale "aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen" und zum anderen die Absichtsmerkmale "um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken" in § 211 Abs. 2 StGB erkannt worden. Fehlen diese besonderen persönlichen Merkmale beim Teilnehmer, so ist er nur wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag nach den §§ 212, 26 (27), 28 Abs. 2 StGB zu bestrafen.

Dem Bundesgerichtshof, der in ständiger Rechtsprechung an der strafbegründenden Natur der Mordmerkmale festhält, ist diese Lösung verwehrt. Er sieht sich vielmehr gezwungen, wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord nach den §§ 211, 26 (27), 28 Abs. 1 StGB zu bestrafen.¹ Die obligatorische Strafmilderung nach Maßgabe des § 49 Abs. 1 StGB führt in diesen Fällen ausnahmsweise ebenfalls zu materiell tragbaren Ergebnissen.²

- 1) So im Verjährungsurteil (BGHSt. 22, 375, 377) für niedrige Beweggründe (Rassenhaß) beim Täter.
- 2) Die Lösung des BGH führt gegenüber der hier vertretenen (der h. L. entsprechenden) Meinung, wenn § 213 StGB außer Betracht bleibt, sogar zu geringeren Mindeststrafen: Nach BGH-Lösung betrüge sie für den Anstifter drei Jahre (§§ 211, 26, 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB), nach der h. L. dagegen fünf Jahre (§§ 212, 26, 28 Abs. 2 StGB); Mindeststrafe für den Gehilfen wäre nach BGH-Lösung sechs Monate (§§ 211, 27, 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 Nr. 1 und 3 2. Alt. StGB), nach der h. L. immerhin zwei Jahre (§§ 212, 27, 28 Abs. 2, 49 Abs. 1 Nr. 3 1. Alt. StGB).

bb) Strafschärfende besondere persönliche Merkmale des Entwurfs 1962 sind einerseits die dem geltenden Recht entlehnten Qualifikationen "1. aus Mordlust, 2. zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechts- triebes, 3. aus Habgier oder 4. in der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen" in § 135 Abs. 1 E 62 und andererseits die aus dem früheren Recht übernommene "Überlegung" in § 135 Abs. 2 Satz 1 E 62. Fehlen diese Merkmale beim Teilnehmer, so erfolgt seine Bestrafung nur wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag nach den §§ 134 Abs. 1, 30 (31), 33 Abs. 2 E 62.

cc) Als strafschärfende besondere persönliche Merkmale des Alternativ-Entwurfs erwiesen sich die subjektiven Unrechtsmerkmale "mutwillig" sowie "zur Ermöglichung einer Straftat, zur Verdeckung einer Straftat auf Grund eines vor der Straftat gefaßten Entschlusses oder zur Erlangung eines Vermögensvorteils" in § 100 Abs. 2 Nr. 4 und 5 AE. Die Bestrafung eines nichtqualifizierten Teilnehmers erfolgt wiederum nur wegen Anstiftung oder Beihilfe zur "einfachen" vorsätzlichen Tötung nach den §§ 100 Abs. 1, 28 (29), 30 Abs. 2 AE.

b) Ein qualifizierendes sachliches Merkmal

aa) Einziges strafschärfendes, rein sachliches Merkmal des geltenden Rechts ist die Tötung "mit gemeingefährlichen Mitteln". Teilnehmer sind hier nahezu unbestritten¹ streng akzessorisch zu behandeln. Sie werden wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord nach den §§ 211, 26 (27) StGB bestraft.

bb) Im Bereich des Entwurfs 1962 ist diese Fallvariante nicht denkbar, weil strafschärfende sachliche Merkmale nicht vorkommen.

1) A. A. nur LANGE, JR 49, 165, 170.

cc) Strafschärfende sachliche Merkmale beinhaltet dagegen wieder der Alternativ-Entwurf in § 100 Abs. 2 Nr. 1 bis 3: "1. durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Menschen tötet, 2. durch die Tat das Leben weiterer Menschen unmittelbar gefährdet, 3. dem Opfer bei der Tat erhebliche körperliche oder seelische Qualen zufügt". Teilnehmer sind insoweit streng akzessorisch nach den §§ 100 Abs. 2 Nr. 1 (2 oder 3), 28 (29) AE zu bestrafen.

c) Ein qualifizierendes Merkmal mit Doppelcharakter

Strafschärfende Tatumstände, die sowohl sachliche als auch besondere persönliche Merkmale beinhalten, kennt nur das geltende Recht in den Mordqualifikationen "heimtückisch" und "grausam". Denkbar sind nun Fälle, in denen zwar der Täter heimtückisch oder grausam tötet, bei dem Teilnehmer aber die jeweilige subjektive Komponente, nämlich die "feindliche Willensrichtung gegenüber dem Opfer" bzw. die "gefühllose, unbarmherzige Gesinnung", fehlt. Zu nennen wären beispielsweise die Fälle der lebensverkürzenden Sterbehilfe oder auch der Erlösung aus unerträglichen Lebensumständen. Hier erscheint es nicht ausgeschlossen, daß jemand einen anderen gerade deshalb zum heimtückischen Mord anstiftet oder ihm dazu Beihilfe leistet, weil er für das Opfer Mitleid empfindet und ihm dementsprechend "das Angesicht des Todes" möglichst ersparen will. Wird mit der h. M. das angebliche Begehungsmerkmal "heimtückisch" als rein sachliches Merkmal behandelt, so gelangt man zu einem höchst seltsamen Ergebnis: Bestrafung wegen Teilnahme am Mord. Nun hat aber der Große Senat des Bundesgerichtshofs gerade in Erkenntnis der Ungerechtigkeit und in Fortentwicklung seiner früheren Rechtsprechung entschieden, daß "Heimtücke" nur vorliege, wenn der Täter das Opfer mit "feindlicher Willensrichtung" töte, nicht aber dann,

wenn er nur zum Besten des Opfers handeln wolle.¹ Was für den Täter gilt, muß nun erst recht - argumentum a maiore ad minus - für den Teilnehmer gelten. Stiftet jemand, aufgrund seiner Zuneigung zum Opfer unfähig, es selbst zu tun, einen Dritten zur heimtückischen Tötung an, so erwartet ihn lebenslange Freiheitsstrafe (§§ 211, 26 StGB). Bringt er dagegen die Kraft zu eigener Täterschaft auf, so kann er u. U. mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten davonkommen (§§ 212, 213 StGB). Dies widerspricht nicht nur der materiellen Gerechtigkeit, sondern vor allem der inneren Logik.

Ähnliche Sachverhalte sind auch bei der Teilnahme an einer "grausamen" Tötung denkbar. Stiftet jemand nicht aus einer "gefühllosen, unbarmherzigen Gesinnung" heraus, sondern aus Mitleid mit den Geschundenen, einen Sadisten an, den Familientyrannen - weil ihm kein anderer Weg einfällt - auf besonders qualvolle Weise zu töten, so kommen auch hier Rechtsprechung und h. L. zu dem Ergebnis: Bestrafung wegen Anstiftung zum Mord.

Beharrt man also mit der h. M.² auf der Ansicht, die Mordmerkmale "heimtückisch" und "grausam" seien trotz einer mehr oder weniger täterbezogenen Komponente letztlich doch als einheitlich tatbezogen anzusehen, so müssen die obigen Fälle streng akzessorisch behandelt werden - ein für den subjektiv unbelasteten Teilnehmer höchst ungerechtes Ergebnis, das allenfalls durch dogmatische Inkonsistenz vermieden werden könnte. Sieht man dagegen in diesen Mordqualifikationen sowohl sachliche als auch besondere persönliche Merkmale, so finden Konfliktfälle der geschilderten Art ohne Bruch der Dogmatik ihre gerechte Lösung. Tötet der Täter heim-

1) BGHSt. (GrS) 9, 385, 390; vgl. überhaupt Fußn. 3 S. 38.

2) Vgl. Fußn. 3 S. 37.

tückisch oder grausam, fehlt aber beim Teilnehmer eine "feindliche Willensrichtung" oder eine "gefühllose, unbarmherzige Gesinnung", so ist § 28 Abs. 2 StGB ebenfalls einschlägig. Die Strafe wird gegenüber dem Totschlag eben nicht schon dann geschärft, wenn die sachliche Komponente "Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit" vorliegt, sondern erst dann, wenn das besondere persönliche Merkmal der "feindlichen Willensrichtung" hinzutritt. Entsprechendes gilt für die Qualifikation "grausam". Auch hier ist das "Zufügen besonderer Schmerzen oder Qualen" allein nicht strafe erhöhend. § 28 Abs. 2 StGB findet auch auf janusköpfige Tatbestandsmerkmale Anwendung, dort steht nämlich nicht, die Strafschärfung müsse ausschließlich auf einem besonderen persönlichen Merkmal beruhen. Ausreichend ist vielmehr, daß die Strafe erst im Zusammenwirken von sachlichen und besonderen persönlichen Merkmalen erhöht wird.

2. Nur der Teilnehmer verwirklicht ein qualifizierendes Merkmal

a) Ein qualifizierendes besonderes persönliches Merkmal

aa) Für das geltende Recht sei diese Variante zunächst wiederum auf die rein persönlichen Merkmale des § 211 Abs. 2 StGB beschränkt. Die Lösung ist nicht zweifelhaft. Obwohl der Täter nur wegen Totschlags belangt werden kann, ist der Teilnehmer wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord nach den §§ 211, 26 (27), 28 Abs. 2 StGB zu bestrafen.

Insbesondere in diesen Fällen führt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu unbefriedigenden Lösungen. Die Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB scheidet wegen der angeblich strafbegründenden Natur der Mordmerkmale aus. Aber auch der § 28 Abs. 1 StGB bringt keine Abhilfe, denn

dieser erfaßt ja - worauf bereits wiederholt hingewiesen wurde - den Fall, daß strafbegründende Merkmale nur vom Teilnehmer verwirklicht werden, gerade nicht. Folgerichtig kann der Schuldspruch des Bundesgerichtshofs nur auf Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag lauten.¹ Daß "niedrige Beweggründe" oder sonstige Mordmerkmale des Teilnehmers bei der Strafzumessung berücksichtigt werden können, ändert demgegenüber nichts an der konstruktiven Ungerechtigkeit.

bb) Für die Delikte des Entwurfs 1962 ergibt sich gegenüber dem geltenden Recht keine Abweichung. Der Täter ist nur wegen Totschlags nach § 134 Abs. 1 E 62, der Teilnehmer dagegen wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord nach den §§ 135 Abs. 1 (Abs. 2 Satz 1), 30 (31), 33 Abs. 2 E 62 zu bestrafen.

cc) Auch im Bereich des Alternativ-Entwurfs ist die Lösung prinzipiell nicht anders. Der Täter wird wegen "einfacher" vorsätzlicher Tötung nach § 100 Abs. 1 AE belangt, der Teilnehmer demgegenüber wegen Anstiftung oder Beihilfe zur vorsätzlichen Tötung nach den §§ 100 Abs. 2 Nr. 4 (5), 28 (29), 30 Abs. 2 AE.

b) Ein qualifizierendes sachliches Merkmal

Konstruktiv undenkbar ist der Fall, daß ein strafscharfendes sachliches Merkmal zwar nicht vom Täter, wohl aber vom Teilnehmer verwirklicht wird. Bei der Anstiftung ist er ausgeschlossen, weil diese voraussetzt, daß allein der Angestiftete die Tatherrschaft über das gesamte äußere Geschehen hat. Bei der Beihilfe scheidet er deshalb aus, weil der Beitrag des Gehilfen

1) So der Fall in BGHSt. 1, 368; vgl. auch oben G I 1 b bb (am Ende).

stets dem Haupttäter zuzurechnen ist. Andernfalls könnte nicht von einer Förderung fremder vorsätzlicher Tat gesprochen werden, sondern allenfalls von Mit-täterschaft des angeblichen Gehilfen.

c) Ein qualifizierendes Merkmal mit Doppelcharakter

Letztlich sind für das geltende Recht noch jene Konstellationen zu untersuchen, in denen der Täter nur die sachlichen Komponenten der Mordmerkmale "heimtückisch" oder "grausam" verwirklicht, während beim Teilnehmer auch die subjektiven Elemente vorhanden sind. Typisch sind wiederum die Fälle der lebensverkürzenden Sterbehilfe sowie der Erlösung aus unerträglichen Lebensumständen. Hier ist durchaus denkbar, daß der Täter nur aus Mitleid mit dem Opfer und um der Schonung willen "unter Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit" tötet, während der Anstifter oder Gehilfe keineswegs aus dieser humanen Motivation heraus handelt. Die entsprechende Situation läßt sich auch bei der "grausamen" Tötung konstruieren: Der Gequälte tötet seinen Peiniger, da kein anderes Mittel zur Hand ist, auf besonders qualvolle Weise; ein anderer hat ihn dazu angestiftet oder ihm dazu Beihilfe geleistet, nur um sein sadistisches Naturell zu befriedigen.

Behandelt man entsprechend der h. M. die Mordmerkmale "heimtückisch" und "grausam" streng akzessorisch, so gelangt man wiederum zu höchst unbefriedigenden Ergebnissen, die allenfalls im Wege der Strafzumessung korrigiert werden können: Bestrafung der Teilnehmer wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag. Akzeptiert man dagegen den Doppelcharakter dieser Merkmale, so finden auch diese Fälle ihre m. E. angemessene Lösung: Denn die vom Täter verwirklichten sachlichen Komponenten "Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit" bzw. "Zufügen besonderer Schmerzen oder Qualen" muß der Teilnehmer

aufgrund der Akzessorietät gegen sich gelten lassen. Die im Zusammenwirken mit diesen sachlichen Elementen strafscharfenden besonderen persönlichen Merkmale der "feindlichen Willensrichtung" bzw. der "gefühllosen, unbarmherzigen Gesinnung" muß sich der Teilnehmer dagegen nach § 28 Abs. 2 StGB zurechnen lassen. Der subjektiv qualifizierte Teilnehmer ist folglich wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord nach den §§ 211, 26 (27), 28 Abs. 2 StGB zu bestrafen.

II. VON DEN BETEILIGTEN WERDEN VERSCHIEDENE QUALIFIZIERENDE MERKMALE VERWIRKLICHT

1. Die Beteiligten verwirklichen verschiedene qualifizierende besondere persönliche Merkmale

a) Unter den hier entwickelten Voraussetzungen erweist sich auch die rechtliche Behandlung dieser Fallvarianten für das geltende Recht als problemlos. Tötet beispielsweise der Täter "zur Verdeckung einer anderen Straftat", handelt der Teilnehmer aber "aus niedrigem Beweggrund", so erfährt ersterer seine Bestrafung aus § 211 StGB, letzterer dagegen aus den §§ 211, 26 (27), 28 Abs. 2 StGB. § 28 Abs. 2 StGB findet genaugenommen in doppelter Weise Anwendung: Einmal verhindert er, daß dem Teilnehmer das beim Täter vorliegende Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht zugerechnet wird, zum anderen bewirkt er, daß jener wenigstens für seinen eigenen "niedrigen Beweggrund" einzustehen hat, obwohl ein solcher beim Täter gar nicht zu finden ist.

Der Bundesgerichtshof sah sich im Jahre 1969 mit einem Sachverhalt der eben geschilderten Art konfrontiert: Verdeckungsabsicht bei den Tätern, niedrige Beweggründe beim Gehilfen.¹ Er konnte ihn nur mit einem Kunstgriff

1) BGHSt. 23, 39

materiell befriedigend lösen. Da das angeblich strafbegründende besondere persönliche Merkmal der Strafverdeckungsabsicht bei dem Gehilfen fehlte, hätte er an sich dessen Strafe gemäß § 28 Abs. 1 i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB¹ mildern müssen, obwohl der Gehilfe selbst aus niedrigen Beweggründen gehandelt hatte. Der Bundesgerichtshof hat diese Konsequenz jedoch mit der Erwägung, das Mordmerkmal der Strafverdeckungsabsicht sei letzten Endes nichts anderes als ein Sonderfall niedriger Beweggründe², nicht gezogen. Die vom Ergebnis her zu begrüßende Lösung kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, daß im Interesse eines materiell gerechten Ergebnisses der § 28 Abs. 1 StGB bedenklich restriktiv ausgelegt wurde. Wenn schon der § 211 Abs. 2 StGB nach allgemeiner Überzeugung die Mordmerkmale abschließend aufzählt³, so ist es zumindest ungewöhnlich, die Verdeckungsabsicht im Generalmerkmal des niedrigen Beweggrundes gleichsam aufgehen zu lassen. Es kann zwar mit gutem Grund behauptet werden, die Verdeckungsabsicht sei - wie auch die sonstigen Qualifikationen der ersten Gruppe - nur ein Sonderfall niedriger Beweggründe.⁴ Dies ändert aber nichts daran, daß einerseits gerade die im speziellen Fall angeblich strafbegründende Absicht des Täters beim Teilnehmer fehlt und deshalb § 28 Abs. 1 StGB eingreift und daß andererseits das angeblich strafbegründende Motiv des Teilnehmers mangels ausdrücklicher Regelung in § 28 Abs. 1 StGB nicht wirksam werden kann. In § 28 Abs. 1 StGB heißt es auch nicht: "Fehlen irgendwelche besondere persönliche Merkmale, welche die Strafbarkeit des Täters ebenfalls begründen können, beim Teilnehmer ...". Die Anwendung dieser Vorschrift kann also nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil beim

1) Damals gemäß § 50 Abs. 2 StGB n. F. noch nach Versuchsgrundsätzen.

2) BGHSt. 23, 39, 40

3) A. A. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 211 Rdn. 5 f.

4) So überzeugend BGHSt. 11, 226, 22P.

Teilnehmer zwar nicht das strafbegründende besondere persönliche Merkmal des Täters, wohl aber ein anderes vorliegt. Die Lösung des Bundesgerichtshofs mag daher sachgerecht sein¹, mit § 28 Abs. 1 StGB ist sie schwerlich vereinbar.

b) Auch in dem Rechtskreis des Entwurfs 1962 ergeben sich keine Schwierigkeiten. Der Täter wird wegen Mordes nach § 135 Abs. 1 (Abs. 2 Satz 1) E 62 bestraft, der Teilnehmer wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord - wenn auch einer anderen Variante - nach den §§ 135 Abs. 1 (Abs. 2 Satz 1), 30 (31), 33 Abs. 2 E 62.

c) Im Bereich des Alternativ-Entwurfs gilt Entsprechendes. Die Täterstrafe ist aus § 100 Abs. 2 Nr. 4 (5) AE zu entnehmen. Der Teilnehmer ist nach den §§ 100 Abs. 2 Nr. 5 (4), 28 (29), 30 Abs. 2 AE zu bestrafen.

2. Der Täter verwirklicht ein qualifizierendes sachliches, der Teilnehmer ein qualifizierendes besonderes persönliches Merkmal

a) Tötet der Täter mit einem gemeingefährlichen Mittel und ist er dazu von jemandem etwa aus niedrigen Beweggründen angestiftet oder unterstützt worden, so muß dieser zunächst im Hinblick auf das sachliche Mordmerkmal "mit gemeingefährlichen Mitteln" streng akzessorisch behandelt werden. Zu beachten ist jedoch, daß sich der Teilnehmer nach § 28 Abs. 2 StGB zusätzlich - wenn auch ohne Auswirkung auf den Strafraumen - sein eigenes qualifizierendes Motiv anrechnen lassen muß. Der Teilnehmer hat also nicht nur zu einem gemeingefährlichen Mord angestiftet oder Beihilfe geleistet, sondern gleichzeitig zu einer vorsätzlichen Tötung, die wegen niedrigen Beweggrundes als Mord zu werten ist. Die exakte Rechtsfolge lautet daher: Bestrafung

1) So KREY, JuS 71, 86, 88.

wegen Anstiftung oder Beihilfe zum niedrig motivierten, gemeingefährlichen Mord nach den §§ 211, 26 (27), 28 Abs. 2 StGB.

Betrachtet man dagegen mit dem Bundesgerichtshof die Mordmerkmale als strafbegründend, so kann der zusätzliche niedrige Beweggrund des Teilnehmers mangels einer ausdrücklichen Regelung dieser Fallvariante in § 28 Abs. 1 StGB allenfalls bei der Strafzumessung gewürdigt werden.

b) Die vorsätzlichen Tötungsdelikte des Entwurfs 1962 kennen keine sachlichen strafscharfenden Merkmale, weshalb diese Kombination nicht denkbar ist.

c) Im Bereich des Alternativ-Entwurfs gilt das gleiche wie im geltenden Recht. Gefährdet beispielsweise der Täter durch seine Tat das Leben weiterer Menschen unmittelbar und ist er von jemandem angestiftet oder unterstützt worden, dem es nur um die Erlangung eines Vermögensvorteils ging, so finden auf diesen Teilnehmer nicht nur die §§ 100 Abs. 2 Nr. 2, 28 (29) AE, sondern auch - allerdings wiederum ohne Auswirkung auf den Strafraum - die §§ 100 Abs. 2 Nr. 5, 30 Abs. 2 AE Anwendung.

III. EIN PRIVILEGIERENDES MERKMAL WIRD NUR VON EINEM BETEILIGTEN VERWIRKLICHT

1. Nur der Täter verwirklicht ein privilegierendes Merkmal

a) Als unproblematisch erweist sich diese Fallvariante bei der Tötung auf Verlangen, weil die Strafe hier allein durch das besondere persönliche Merkmal der außergewöhnlichen Motivation gemildert wird. Ist der Täter durch das ausdrückliche und ernsthafte Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, hat ein Gehilfe¹ aber aus anderen,

1) Für Anstiftung ist dieser Fall nicht denkbar, weil das Opfer selbst notwendiger Anstifter ist.

nicht unter § 211 Abs. 2 StGB fallenden Gründen Beihilfe geleistet, so ist letzterer nach den §§ 212, 27, 28 Abs. 2 StGB wegen Beihilfe zum Totschlag zu bestrafen. Die Teilnahme an der Kindestötung verdient dagegen eine genauere Betrachtung. Die strafmildernde Vorschrift des § 217 StGB zeigt nämlich jene strukturelle Besonderheit, die im Prinzip bereits von den Mordqualifikationen "heimtückisch" und "grausam" her bekannt ist: Der Grundtatbestand Totschlag wird erst im Zusammenwirken von sachlichen mit besonderen persönlichen Merkmalen modifiziert; nicht die uneheliche Mutterschaft als solche bringt eine geringere Strafe, hinzukommen muß der besondere Handlungszeitraum "in oder gleich nach der Geburt" des Kindes. Die Lösung erweist sich jedoch letzten Endes als genauso einfach wie bei den genannten Mordmerkmalen.¹ Zwar kommt einem Teilnehmer die sachliche Komponente der Kindestötung aufgrund der Akzessorietät zugute. Dies reicht jedoch nicht aus, um auch seine Strafe zu mildern; denn wegen § 28 Abs. 2 StGB kann er sich auf das in der Person der Täterin liegende besondere persönliche Merkmal der unehelichen Mutterschaft nicht berufen. Ist also die uneheliche Mutter selbst Täterin, so wird ein Teilnehmer, falls er keine Mordmerkmale verwirklicht, wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag nach den §§ 212, 26 (27), 28 Abs. 2 StGB bestraft.

Werden dagegen mit der Rechtsprechung und einem Teil des Schrifttums die §§ 216, 217 StGB nicht als unselbständige Abwandlungen des Totschlags, sondern als eigenständige Delikte angesehen², so gelangt man - jedenfalls bei konsequentem Festhalten an der Sonderdeliktsnatur - zu völlig unsinnigen Ergebnissen. Der Tatentschluß aufgrund des ausdrücklichen und ernstlichen Verlangens und die

1) Vgl. oben H I 1 c am Ende.

2) Vgl. die Fußn. 1 und 2 S. 88 sowie 1 bis 3 S. 89.

Stellung als uneheliche Mutter wären dann nämlich keine strafmildernden, sondern strafbegründende besondere persönliche Merkmale. Folgerichtig hätten die Vertreter der Sonderdeliktstheorie bis zur gesetzlichen Regelung auch dieser Merkmale im Jahre 1968 Teilnehmer an den Sonderdelikten eigentlich - wie bei den echten Beamtendelikten - streng akzessorisch behandeln müssen. Noch befremdlicher wären die Rechtsfolgen nach der derzeitigen Rechtslage: Wegen § 28 Abs. 1 StGB müßte die in den §§ 216, 217 StGB für den Täter ohnehin schon herabgesetzte Strafe für den Teilnehmer nach Maßgabe des § 49 Abs. 1 StGB nochmals gemildert werden. Diese Konsequenzen sind von den Anhängern der Sonderdeliktstheorie jedoch nie gezogen worden. So operierte das Reichsgericht in diesen Fällen trotz der angeblichen Eigenständigkeit der Kindestötung stets mit § 50 StGB a. F., ohne auch nur mit einem Wort auf den inneren Widerspruch einzugehen.¹ Erst der Bundesgerichtshof fühlte sich zu einer Stellungnahme verpflichtet. Unter Berufung auf SCHRÖDER² meinte er, die Sondernatur des § 217 StGB liege auch darin, daß sich die Vorschrift auf einen beschränkten Täterkreis beziehe. Bei diesen sogenannten unechten Sonderdelikten sei anerkannt, "daß sich ihre Strafdrohung nur gegen denjenigen richtet, der dem Täterkreis angehört, während der Tatbeitrag des außerhalb Stehenden nach dem Grunddelikt zu beurteilen ist".³ Dieser dogmatische Umweg über die Rechtsfigur des "unechten Sonderdelikts" mag vertretbar sein, zumal er letztlich auch zu angemessenen Ergebnissen führt. Nicht

1) RGSt. 72, 373, 374 f.; 74, 84, 86; ohne Begründung für die Anwendung des § 50 Abs. 3 StGB auch DREHER, § 217 Anm. 4.

2) SJZ 50, Sp. 560, 568; für die Teilnahme an § 216 StGB will SCHRÖDER nunmehr aber die Akzessorietätsregeln anwenden, vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 216 Rdn. 16.

3) BGHSt. 1, 235, 240

zu übersehen ist jedenfalls, daß bei dieser Konstruktion die Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB völlig überflüssig ist.¹

b) Für den Bereich des Entwurfs 1962 ergeben sich zunächst keine Abweichungen. Teilnehmer an einer Tötung auf Verlangen (§ 137 E 62) und Teilnehmer an einer Kindestötung (§ 136 E 62) sind jeweils nach den §§ 134 Abs. 1, 30 (31), 33 Abs. 2 E 62 wegen Anstiftung² oder Beihilfe zum Totschlag zu bestrafen. Der Entwurf 1962 kennt allerdings noch die strafmildernden besonderen persönlichen Merkmale der "begreiflichen heftigen Gemütsregung" (§ 134 Abs. 2 E 62) und der schuld-mildernden Entschlußfassung aufgrund "Mitleids, Verzweiflung oder anderer Beweggründe" (§ 134 Abs. 3 E 62). Liegen nur beim Täter derartige Umstände vor, so sind Teilnehmer wiederum wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag nach den §§ 134 Abs. 1, 30 (31), 33 Abs. 2 E 62 zu bestrafen.

c) Der Strafmilderungsgrund des § 100 Abs. 3 Nr. 2 AE unterscheidet sich von § 217 StGB bzw. § 136 E 62 nur dadurch, daß er sich nicht auf uneheliche Mütter beschränkt. Die rechtliche Behandlung der Teilnahmefälle ist deshalb entsprechend. Ist die Frau selbst Täterin, so sind Teilnehmer wegen Anstiftung oder Beihilfe zur vorsätzlichen Tötung nach den §§ 100 Abs. 1, 28 (29), 30 Abs. 2 AE zu bestrafen. Für die schuld- und strafmildernden "Beweggründe oder heftigen Gemütsregungen" in § 100 Abs. 3 Nr. 1 AE gilt nichts anderes: Nichtprivilegierte

1) Richtig MAURACH, BT, S. 44: "Es ist wenig folgerichtig, wenn auch die Anhänger der Sonderdeliktsnatur des § 217 gleichwohl auf § 50 zurückgreifen, um bei strikter Durchführung ihrer Auffassung unhaltbare Ergebnisse zu vermeiden..."

2) Ist wiederum nur bei Kindestötung denkbar.

Teilnehmer beziehen ihre Strafe aus den §§ 100 Abs. 1, 28 (29), 30 Abs. 2 AE.

Eine ganz wesentliche Abweichung ergibt sich dagegen bei Teilnahme an einer Tötung auf Verlangen nach § 101 AE. Nicht die Motivation der Handelnden ist nämlich ausschlaggebend für die Strafmilderung, sondern allein die geringere Rechtsgutsverletzung. Im Gegensatz zum geltenden Recht und auch zum Entwurf 1962 enthält diese Vorschrift ausschließlich strafmildernde sachliche Merkmale, die auch dem Teilnehmer zugute kommen. Teilnehmer sind also nach den §§ 101, 28 (29) AE wegen Anstiftung¹ oder Beihilfe zur Tötung auf Verlangen zu bestrafen.

2. Nur der Teilnehmer verwirklicht ein privilegierendes Merkmal

a) Falls trotz eines ernstlichen Tötungsverlangens des Opfers die Tötung auf einem anderen Motiv beruht, wird meist eine Mordqualifikation erfüllt sein. Dennoch mag auch der Fall vorkommen, daß jemand, motiviert durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Opfers, jedoch unfähig zu eigener Täterschaft, nur zu einem Totschlag anstiftet oder Beihilfe leistet, weil bei dem Haupttäter niedrige Beweggründe ausnahmsweise fehlen. Der Teilnehmer ist dann lediglich wegen Anstiftung oder Beihilfe zu einer Tötung auf Verlangen nach den §§ 216, 26 (27), 28 Abs. 2 StGB strafbar. Bei der Kindestötung wird die entsprechende Fallvariante allerdings häufiger vorkommen. Sie ist dann gegeben, wenn ein Dritter das uneheliche Kind in oder gleich nach der Geburt tötet und die Mutter entweder angestiftet oder aber geholfen hat.

1) Hier ist Anstiftung möglich, weil der Tatentschluß nicht auf dem Verlangen des Opfers beruhen muß.

Obwohl der Dritte einen Totschlag begangen hat, kann die Mutter gemäß den §§ 217, 26 (27), 28 Abs. 2 StGB nur wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Kindestötung belangt werden.

Für die Anhänger der Sonderdeliktstheorie lassen sich unerwünschte Rechtsfolgen bei dieser Konstellation jedenfalls dann nicht vermeiden, wenn - folgerichtig - die Tatbestandsmerkmale der §§ 216, 217 StGB als konstitutiv angesehen werden. Da § 28 Abs. 1 StGB das Fehlen strafbegründender besonderer persönlicher Merkmale beim Teilnehmer nicht regelt, müßten die privilegierten Teilnehmer in allen Fällen streng akzessorisch behandelt, also wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag bestraft werden. Soweit ersichtlich, wird diese Fallvariante überhaupt nur für den Tatbestand der Kindestötung untersucht. Die genannten Konsequenzen werden jedoch von niemandem gezogen. Teils beruft man sich dabei auf ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1880¹, obwohl zu dieser Zeit die Sonderdeliktstheorie noch gar keinen Eingang in die höchstrichterliche Rechtsprechung gefunden hatte², oder man zitiert einfach jene Autoren, die von jeher die Sonderdeliktstheorie ablehnen.³

b) Im Rechtskreis des Entwurfs 1962 ergeben sich hinsichtlich Tötung auf Verlangen und Kindestötung gegenüber dem geltenden Recht keine Abweichungen. Privilegierte Teilnehmer sind nur wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Tötung auf Verlangen bzw. zur Kindestötung nach den §§ 136 (137), 30 (31), 33 Abs. 2 E 62 zu bestrafen.

1) RGSt. 2, 153, 155

2) So DREHER, § 217 Anm. 4.

3) So SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 217 Rdn. 13.

Entsprechendes gilt, wenn zwar nicht beim Täter, wohl aber bei einem Teilnehmer strafmildernde besondere persönliche Merkmale des § 134 Abs. 2 oder 3 E 62 vorliegen. Letzterer bezieht seine Strafe lediglich aus den §§ 134 Abs. 2 (3), 30 (31), 33 Abs. 2 E 62.

c) Begeht der Täter eine vorsätzliche Tötung nach § 100 Abs. 1 AE und verwirklicht nur ein Teilnehmer strafmildernde besondere persönliche Merkmale des § 100 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 AE, so ist dieser nach den §§ 100 Abs. 3 Nr. 1 (2), 28 (29), 30 Abs. 2 AE strafbar. Nicht denkbar ist diese Fallvariante dagegen bei der ausschließlich sachliche Merkmale beinhaltenden Tötung auf Verlangen nach § 101 AE. Täter und Teilnehmer sind regelmäßig schon dann aus dieser Vorschrift zu bestrafen, wenn ihnen das ernstliche Verlangen des Opfers bekannt war.

IV. VON DEN BETEILIGTEN WERDEN VERSCHIEDENE PRIVILEGIERENDE MERKMALE VERWIRKLICHT

1. Im geltenden Recht ist diese Fallvariante ausgeschlossen, weil es nur die beiden Strafmilderungsgründe in § 216 und § 217 StGB kennt. Das eben geborene Kind kann aber noch nicht seine eigene Tötung verlangen.

2. Bei den vorsätzlichen Tötungsdelikten des Entwurfs 1962 kann diese Konstellation jedoch vorkommen, da in § 134 Abs. 2 und 3 E 62 weitere strafmildernde besondere persönliche Merkmale normiert sind. So ist beispielsweise denkbar, daß jemand aus Mitleid oder aus anderen schuld-mindernden Beweggründen zu einer Kindestötung anstiftet oder Beihilfe leistet. In diesem Fall wäre die Mutter wegen Kindestötung nach § 136 E 62, der Teilnehmer aber wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag nach den

§§ 134 Abs. 3, 30 (31), 33 Abs. 2 E 62 zu bestrafen. Genaugenommen hat der § 33 Abs. 2 E 62 hier wieder eine doppelte Funktion: Einmal verhindert er, daß dem Teilnehmer das strafmildernde besondere persönliche Merkmal der unehelichen Mutterschaft zugute kommt, zum anderen bewirkt er, daß dem Teilnehmer wenigstens sein eigener "schuld mindernder Beweggrund" positiv angerechnet wird. Soweit noch andere Kombinationen möglich sind, gilt generell der Grundsatz, daß wegen § 33 Abs. 2 E 62 jeder Beteiligte sich nur auf den von ihm selbst verwirklichten Strafmilderungsgrund berufen kann.

3. Auch im Rechtskreis des Alternativ-Entwurfs kann der eben für den Bereich des Entwurfs 1962 geschilderte Beispielsfall aktuell werden. Hier müßte die Mutter wegen vorsätzlicher Tötung nach § 100 Abs. 3 Nr. 2 AE, der Teilnehmer wegen Anstiftung oder Beihilfe zu einer vorsätzlichen Tötung nach den §§ 100 Abs. 3 Nr. 1 (29), 30 Abs. 2 AE bestraft werden. Was über die doppelte Funktion des § 33 Abs. 2 E 62 gesagt wurde, gilt sinngemäß auch für § 30 Abs. 2 AE.

Die besondere Ausgestaltung der vorsätzlichen Tötungsdelikte im Alternativ-Entwurf macht darüber hinaus eine Variante möglich, in der der Täter nur ein privilegierendes sachliches, der Teilnehmer aber zusätzlich ein privilegierendes besonderes persönliches Merkmal verwirklicht. Das wäre etwa dann der Fall, wenn der Täter - ausschließlich - den Tatbestand des § 101 AE erfüllt, der Teilnehmer seinen Beitrag aber aus schuld mindernden Beweggründen i. S. von § 100 Abs. 3 Nr. 1 AE leistet. In bezug auf die vom Täter verwirklichten sachlichen Merkmale ist der Teilnehmer zunächst streng akzessorisch zu behandeln, d. h. er hat sich der Anstiftung oder Beihilfe zur Tötung auf Verlangen nach den §§ 101, 28 (29) AE schuldig gemacht. Nicht zu

übersehen ist jedoch, daß wegen § 30 Abs. 2 AE beim Teilnehmer auch noch der schuld mindernde Beweggrund zu berücksichtigen ist. Rein konstruktiv hat der Teilnehmer also auch zu einer vorsätzlichen Tötung i. S. von § 100 Abs. 3 Nr. 1 AE angestiftet oder Beihilfe geleistet. Keinem Zweifel unterliegt es allerdings, daß letztlich der gegenüber § 101 AE weitere Strafraum des § 100 Abs. 3 Nr. 1 AE nicht lediglich deshalb bedeutsam werden darf, weil den Teilnehmer im Gegensatz zum Täter noch "edle" Motive bewegten. Der Weg zu einem sachgerechten Ergebnis erfordert denn auch keine juristischen Spitzfindigkeiten. Die bereits dargestellte Lehre von der Sperrwirkung des milderen Tatbestandes löst das Konkurrenzproblem: Im Vergleich zur Anstiftung oder Beihilfe zu einer vorsätzlichen Tötung i. S. von § 100 Abs. 3 Nr. 1 AE ist die Teilnahme an der Tötung auf Verlangen der mildere Straftatbestand, weshalb sich der Teilnehmer nur wegen letzterer zu verantworten hat.

V. EIN BETEILIGTER VERWIRKLICHT QUALIFIZIERENDE, EIN
ANDERER PRIVILEGIERENDE MERKMALE

1. Der Täter verwirklicht qualifizierende, der Teilnehmer
privilegierende Merkmale

a) Es handelt sich jeweils um besondere persönliche
Merkmale

aa) Auch die Lösung dieser Fallvariante ist einfach. Diese liegt beispielsweise dann vor, wenn der Teilnehmer nur aufgrund des ausdrücklichen und ernstlichen Verlangens des Opfers zur Tötung anstiftet oder Beihilfe leistet, der Täter letztlich aber aus einem niedrigen Beweggrund

handelt. Die entsprechende Situation ist vorstellbar, wenn die uneheliche Mutter nur Teilnehmerin bei der Tötung ihres Kindes ist. § 28 Abs. 2 StGB bewirkt hier einerseits die Nichtanrechnung der beim Täter vorliegenden Mordqualifikation, andererseits aber die Berücksichtigung des eigenen strafmildernden besonderen persönlichen Merkmals, so daß nur eine Bestrafung wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Tötung auf Verlangen bzw. zur Kindestötung nach den §§ 216 (217), 26 (27), 28 Abs. 2 StGB in Frage kommt.

Hält man dagegen mit der Rechtsprechung daran fest, daß der Tatbestand des Mordes wie die Tatbestände der §§ 216, 217 StGB *delicta sui generis* darstellen, so sieht man sich erneut vor Schwierigkeiten.¹ Da in diesen Fällen die angeblich strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmale des § 211 Abs. 2 StGB beim Teilnehmer fehlen, wäre nicht der Abs. 2, sondern der Abs. 1 des § 28 StGB einschlägig, d. h. es müßte wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord - wenn auch gemildert nach Maßgabe des § 49 Abs. 1 StGB - bestraft werden. Die allein vom Teilnehmer verwirklichten strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmale des § 216 oder § 217 StGB könnten dagegen konstruktiv überhaupt nicht berücksichtigt werden, weil § 28 Abs. 1 StGB bekanntermaßen diese Konstellation nicht erfaßt. Dieses Ergebnis ist untragbar, zumal, wie noch zu zeigen sein wird, bei eigener Täterschaft trotz Erfüllung von Mordmerkmalen nur aus § 216 bzw. § 217 StGB bestraft werden könnte.

bb) Für den Bereich des Entwurfs 1962 gilt prinzipiell nichts anderes. Zu beachten ist allerdings, daß bei einem Teilnehmer auch die Strafmilderungsgründe des § 134 Abs. 2

1) Diese Fallvariante ist allerdings - soweit ersichtlich - vom BGH noch nicht entschieden worden.

oder 3 E 62 vorliegen können. Privilegierte Teilnehmer sind also lediglich wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag, zur Kindestötung oder zur Tötung auf Verlangen nach den §§ 134 Abs. 2 (134 Abs. 3, 136, 137), 30 (31), 33 Abs. 2 E 62 zu bestrafen.

cc) Eine systematische Abweichung ergibt sich auch nicht im Rechtskreis des Alternativ-Entwurfs. Erfüllt der Täter Strafschärfungsgründe der in § 100 Abs. 2 Nr. 4 oder 5 AE genannten Art, der Teilnehmer aber Strafmilderungsgründe i. S. von § 100 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 AE, so hat sich letzterer nur wegen Anstiftung oder Beihilfe zu einer vorsätzlichen Tötung nach den §§ 100 Abs. 3 Nr. 1 (2), 28 (29), 30 Abs. 2 AE zu verantworten.

b) Der Täter verwirklicht ein qualifizierendes sachliches, der Teilnehmer ein privilegierendes besonderes persönliches Merkmal

aa) Immerhin denkbar erscheint der Fall, daß jemand, seinerseits nur motiviert durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Opfers, zum gemeingefährlichen Mord anstiftet oder Beihilfe leistet. Der Täter hat hier unzweifelhaft den Tatbestand des Mordes erfüllt. Der Teilnehmer dagegen war einerseits - wegen der akzessorischen Behandlung bei sachlichen Merkmalen - an einem Mord beteiligt. Andererseits ist bei ihm nach § 28 Abs. 2 StGB die strafmildernde Motivation des § 216 StGB zu beachten, d. h. er hat gleichzeitig zu einer Tötung auf Verlangen angestiftet oder Beihilfe geleistet. Es besteht also wiederum ein Konkurrenzverhältnis, diesmal zwischen Teilnahme am Mord nach den §§ 211, 26 (27) StGB und Teilnahme an einer Tötung auf Verlangen nach den §§ 216, 26 (27) 28 Abs. 2 StGB. Wegen der Sperrwirkung des mildernden Tatbestandes braucht sich der Teilnehmer

allerdings nur die letztere anrechnen zu lassen.¹
Höchst unwahrscheinlich, aber nicht ausgeschlossen ist weiterhin der Fall, daß eine uneheliche Mutter einen anderen zur gemeingefährlichen Tötung ihres Kindes anstiftet oder ihm dabei hilft. Auch hier ist der Täter als Mörder zu bestrafen. Bei der Mutter konkurrieren dagegen wiederum Teilnahme am Mord gemäß den §§ 211, 26 (27) StGB und Teilnahme an einer Kindes-tötung nach den §§ 217, 26 (27), 28 Abs. 2 StGB. Eine Bestrafung kommt auch hier nur aus dem milderen Tatbestand in Frage.²

Werden die Tatbestandsmerkmale der §§ 216, 217 StGB als strafbegründend angesehen, so könnte auch bei dieser Fallvariante weder die besondere Motivation noch die uneheliche Mutterschaft konstruktive Beachtung finden. Die Teilnehmer müßten streng akzessorisch behandelt werden.

bb) Da der Entwurf 1962 nur besondere persönliche Merkmale kennt, kann sich diese Konstellation nicht ergeben.

cc) Nimmt eine Frau teil an der Tötung ihres Kindes in oder gleich nach der Geburt und verwirklicht der Haupttäter sachliche Strafschärfungsgründe nach § 100

-
- 1) Löst man dagegen das Konkurrenzproblem mit der "Abwägungsmethode" (vgl. WELZEL, JZ 52, 72, 74), so wäre hier wohl wegen Anstiftung zum gemeingefährlichen Mord zu bestrafen; denn die zusätzliche Rechtsgütergefährdung erfährt durch das Einverständnis des Opfers keinerlei Abschwächung.
 - 2) Ob auch bei dieser Fallvariante § 217 StGB dem § 211 StGB im vollen Umfang vorgeht (WELZEL a. a. O. Fußn. 22), erscheint bei grundsätzlicher Anerkennung der "Abwägungsmethode" zumindest zweifelhaft.

Abs. 2 Nr. 1 bis 3 AE¹, so gilt das zum geltenden Recht Gesagte entsprechend. Die Frau begeht einmal Anstiftung oder Beihilfe zu einer vorsätzlichen Tötung i. S. von § 100 Abs. 2 Nr. 1 (2 oder 3) AE, zum anderen wegen § 30 Abs. 2 AE aber auch zu einer vorsätzlichen Tötung i. S. von § 100 Abs. 3 Nr. 2 AE. Aufgrund der Sperrwirkung des mildernden Tatbestandes hat sie sich allerdings nur wegen letzterem zu verantworten.

Die rechtliche Behandlung ist jedoch anders, wenn beim Teilnehmer die Strafmilderungsgründe des § 100 Abs. 3 Nr. 1 AE vorliegen. Hier gilt ausnahmsweise nicht der Grundsatz von der Sperrwirkung des mildernden Tatbestandes. Die Entwurfsverfasser haben diesen Konkurrenzfall vielmehr ausdrücklich in § 100 Abs. 4 AE geregelt. Für den privilegierten Teilnehmer ist deshalb nicht der Strafrahmen des § 100 Abs. 3 AE, sondern allein derjenige des Abs. 4 maßgebend. Die exakte Rechtsfolge lautet bei dieser Konstellation also: Bestrafung wegen Anstiftung oder Beihilfe zu einer vorsätzlichen Tötung nach den §§ 100 Abs. 2 Nr. 1 (2 oder 3), Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4, 28 (29), 30 Abs. 2 AE.

2. Der Täter verwirklicht privilegiierende, der Teilnehmer qualifizierende Merkmale

a) Es handelt sich jeweils um besondere persönliche Merkmale

aa) Auch diese Fallvariante bereitet keine Schwierigkeiten. Ist der Täter allein durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Opfers zur Tötung bestimmt worden, unterstützt² ein Dritter die Tat jedoch aus niedrigen

1) Bei einer Zwillingsgeburt kann der Täter sogar § 100 Abs. 2 Nr. 1 AE verwirklichen.

2) Anstiftung kommt naturgemäß nicht in Frage.

Beweggründen, so ist letzterer gemäß den §§ 211, 27, 28 Abs. 2 StGB wegen Beihilfe zum Mord zu bestrafen. Entsprechendes gilt für den niedrig motivierten Teilnehmer an einer Kindstötung. § 28 Abs. 2 StGB hat hier jene Doppelfunktion, die schon bei anderen Fallvarianten angesprochen wurde.

Sieht man dagegen wiederum mit dem Bundesgerichtshof die §§ 211, 216, 217 StGB als *delicta sui generis* an, so könnte hier eigentlich nur wegen Teilnahme an Tötung auf Verlangen bzw. an Kindstötung verurteilt werden. Dennoch entscheidet der Bundesgerichtshof diese Fallvariante so, als hätten nur die Mordmerkmale, nicht aber die Tatbestandsmerkmale der §§ 216, 217 StGB strafbegründenden Charakter. Diese Inkonsequenz verhindert zwar die unverdiente akzessorische Behandlung des Teilnehmers; sie führt aber immerhin noch zu dem unbefriedigenden Ergebnis, daß der mit Mordmerkmalen belastete Teilnehmer nur wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag bestraft werden kann.¹

bb) Bei dieser Konstellation hat auch im Bereich des Entwurfs 1962 jeder Beteiligte nur für das von ihm selbst verwirklichte strafmildernde oder -schärfende Merkmal einzustehen. Begeht also der Täter einen privilegierten Totschlag (§ 134 Abs. 2 oder 3 E 62), eine Kindstötung (§ 136 E 62) oder eine Tötung auf Verlangen (§ 137 E 62), leistet der Teilnehmer seinen Beitrag jedoch mit "Überlegung" oder aus einem der in § 135 Abs. 1 E 62 genannten Gründe, so hat er sich nach den §§ 135 Abs. 1 (2 Satz 1), 30 (31), 33 Abs. 2 E 62 wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord zu verantworten.

cc) Das Behandlungsschema wiederholt sich bei den Delikten

1) BGH LM Nr. 10 zu § 48 StGB: Die uneheliche Mutter wurde aus Habgier zur Kindstötung angestiftet. Der BGH verurteilte nur wegen Anstiftung zum Totschlag.

des Alternativ-Entwurfs. Begeht der Täter eine privilegierte vorsätzliche Tötung i. S. von § 100 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 AE, verwirklicht der Teilnehmer aber die Qualifikationen des § 100 Abs. 2 Nr. 4 oder 5 AE, so ist er wegen Anstiftung oder Beihilfe zur vorsätzlichen Tötung nach den §§ 100 Abs. 2 Nr. 4 (5), 28 (29), 30 Abs. 2 AE zu bestrafen.

- b) Der Täter verwirklicht ein privilegierendes sachliches, der Teilnehmer ein qualifizierendes besonderes persönliches Merkmal

Eine derartige Konstellation kann sich im geltenden Recht und im Entwurf 1962 nicht ergeben, da beide Rechtskreise nur privilegierende besondere persönliche Merkmale kennen. Im Bereich des Alternativ-Entwurfs liegt diese Fallvariante dann vor, wenn der Täter lediglich die Tatbestandsmerkmale des § 101 AE erfüllt, der Teilnehmer darüber hinaus aber mit den Qualifikationen des § 100 Abs. 2 Nr. 4 oder 5 AE belastet ist. Die rechtliche Folge ist wiederum ein Konkurrenzverhältnis zwischen Anstiftung oder Beihilfe zur Tötung auf Verlangen gemäß den §§ 101, 28 (29) AE und Anstiftung oder Beihilfe zur vorsätzlichen Tötung nach den §§ 100 Abs. 2 Nr. 4 (5), 28 (29), 30 Abs. 2 AE. Aufgrund der Sperrwirkung des mildernden Tatbestandes hat sich der Teilnehmer allerdings nur wegen ersterem zu verantworten.

VI. EIN BETEILIGTER VERWIRKLICHT QUALIFIZIERENDE UND PRIVILEGIERENDE MERKMALE

1. Der Täter verwirklicht qualifizierende und privilegiierende besondere persönliche Merkmale

Im geltenden Recht kann diese Fallvariante als Kombination von Merkmalen des § 211 und des 216 StGB nur

dann aktuell werden, wenn man bei einer Tötung auf Verlangen - mit dem Bundesgerichtshof¹ - nicht ausschließt, daß der Täter daneben aus Habgier oder aus sonstigen niedrigen Beweggründen handeln kann. Bei der Kindestötung ist diese Konstellation dagegen ohne weiteres denkbar; sie liegt beispielsweise immer dann vor, wenn die Kindsmutter ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, um damit einen mißlungenen, folgeschweren Abtreibungsversuch zu verschleiern. Nahezu unbestritten² ist, daß in diesen Fällen der Täter nur aus den §§ 216, 217 StGB bestraft werden kann. Dies folgt entweder aus der hier vertretenen Lehre von der Sperrwirkung des mildereren Tatbestandes oder aber aus der von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur vertretenen Sonderdeliktsnatur der §§ 216, 217 StGB.

Im Bereich des Entwurfs 1962 sind die Kombinationsmöglichkeiten von qualifizierenden und privilegierenden besonderen persönlichen Merkmalen beim Täter wesentlich zahlreicher. Sie nur in etwa erschöpfend aufzuzeigen erscheint unmöglich. Im Rahmen dieser Untersuchung ist derartiges auch gar nicht notwendig, zumal ohnehin feststeht, daß eine Bestrafung des Täters jeweils nur aus dem mildereren Tatbestand erfolgen kann. Für den Fall, daß der Täter mit "Überlegung" handelt, daneben aber auch die Voraussetzungen des § 134 Abs. 3 E 62 erfüllt, hat der Entwurfsverfasser die Sperrwirkung des mildereren Tatbestandes sogar - überflüssigerweise - expressis verbis angeordnet (§ 135 Abs. 2 S. 2 E 62).

Auch im Rechtskreis des Alternativ-Entwurfs können qualifizierende und privilegierende besondere persönliche Merkmale in den verschiedensten Zusammenstellungen vom Täter gleichzeitig verwirklicht werden. Wiederum löst

1) BGHSt. 2, 258, 259

2) A. A. nur Eb. SCHMIDT, DRZ 49, 241, 242 (vgl. oben Fußn. 1 S. 90).

grundsätzlich die Lehre von der Sperrwirkung des mildernden Tatbestandes das Konkurrenzproblem. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 Nr. 4 oder 5 AE mit denjenigen des § 100 Abs. 3 Nr. 1 AE zusammentreffen. Die Strafe des Täters ist dann aus der besonderen Konkurrenzvorschrift des § 100 Abs. 4 AE zu entnehmen.

a) Der Teilnehmer verwirklicht kein besonderes persönliches Merkmal

aa) Die rechtliche Behandlung des Teilnehmers ist auch hier wieder problemlos. Wegen § 28 Abs. 2 StGB können ihm einerseits die vom Täter verwirklichten Mordqualifikationen nicht in belastender, andererseits aber auch die Strafmilderungsgründe der §§ 216, 217 StGB nicht in entlastender Weise angerechnet werden. Der Teilnehmer ist daher in jedem Falle nach den §§ 212, 26 (27), 28 Abs. 2 StGB wegen Anstiftung¹ oder Beihilfe zum Totschlag zu bestrafen.

Der Bundesgerichtshof hat sich diesen einfachen und m. E. sachgerechten Lösungsweg jedenfalls durch sein Festhalten an der strafbegründenden Natur der Mordmerkmale verbaut.² Mit der Rechtsfigur der sogenannten "unechten Sonderdelikte"³ könnte er zwar die privilegierende Wirkung der §§ 216, 217 StGB auf den Täter beschränken, obwohl folgerichtig eigentlich auch deren Tatbestandsmerkmale als konstitutiv angesehen werden müßten. Diesen Kunstgriff kann er jedoch bei den "echten Tatbestandsmerkmalen"⁴ des

1) Bei § 216 StGB scheidet Anstiftung natürlich aus.

2) Auch diese Fallvariante lag - soweit ersichtlich - noch keiner (veröffentlichten) Entscheidung des BGH zugrunde.

3) BGHSt. 1, 235, 240

4) So erstmalig die Formulierung in BGHSt. 1, 368, 371.

§ 211 StGB nicht anwenden. Der Bundesgerichtshof sähe sich vielmehr wieder gezwungen, nach den §§ 211, 26 (27), 28 Abs. 1 StGB wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord zu bestrafen. Daß die obligatorische Strafmilderung nach Maßgabe des § 49 Abs. 1 StGB ausnahmsweise vertretbare Strafen ermöglicht¹, ändert nichts an dem ungerechten Schuldspruch.

bb) Das zum geltenden Recht Gesagte gilt im Bereich des Entwurfs 1962 sinngemäß. Positiv wie negativ unbelastete Teilnehmer haben sich nach den §§ 134 Abs. 1, 30 (31), 33 Abs. 2 E 62 wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag zu verantworten.

cc) Auch im Rechtskreis des Alternativ-Entwurfs ergeben sich keine systematischen Abweichungen. Zu bestrafen ist nach den §§ 100 Abs. 1, 28 (29), 30 Abs. 2 AE wegen Anstiftung oder Beihilfe zur vorsätzlichen Tötung.

b) Der Teilnehmer verwirklicht nur qualifizierende besondere persönliche Merkmale

aa) Handelt der Teilnehmer seinerseits mit der gleichen Mordqualifikation wie der Täter oder verwirklicht er ein anderes strafscharfendes besonderes persönliches Merkmal, so ist er nach den §§ 211, 26 (27), 28 Abs. 2 StGB wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord zu bestrafen. Im ersten Fall bewirkt § 28 Abs. 2 StGB lediglich die Eliminierung des beim Täter vorliegenden Strafmilderungsgrundes. In dem zweiten Fall hat § 28 Abs. 2 StGB gleich eine dreifache Funktion: "Neutralisierung" der beiden vom Täter verwirklichten strafmodifizierenden besonderen persönlichen Merkmale und Zurechnung der eigenen Mordqualifikation.

1) Vgl. oben H I 1 a und Fußn. 2 S. 95.

Der Bundesgerichtshof kann bei diesen Varianten sachgerechte Lösungen wiederum nur über dogmatische Umwege erreichen. Schon im ersten Fall muß er für eine Verurteilung des Teilnehmers aus § 211 StGB auf die Rechtsfigur der "unechten Sonderdelikte" zurückgreifen. Der zweite Fall erfordert darüber hinaus ein "Zusammenziehen" der verschiedenen Mordqualifikationen mit der Erwägung, Absichts- und Motivmerkmale des § 211 StGB seien letzten Endes nichts anderes als besondere hervorgehobene niedrige Beweggründe.¹ Darauf, daß ein derartiges Vorgehen mit § 28 Abs. 1 StGB schwerlich vereinbar ist, wurde bereits hingewiesen.²

bb) Der Lösungsweg entspricht im Bereich des Entwurfs 1962 dem geltenden Recht. Der selbst mit Mordmerkmalen belastete Teilnehmer ist nach den §§ 135, 30 (31), 33 Abs. 2 E 62 wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord zu bestrafen.

cc) Auch für den Alternativ-Entwurf gilt nichts anderes. Der qualifizierte Teilnehmer hat sich nach den §§ 100 Abs. 2 Nr. 4 (5), 28 (29), 30 Abs. 2 AE wegen Anstiftung oder Beihilfe zur vorsätzlichen Tötung zu verantworten.

c) Der Teilnehmer verwirklicht nur privilegierende besondere persönliche Merkmale

aa) Diese Fallvariante kann im geltenden Recht nur bei einer Tötung auf Verlangen vorkommen, weil die Privilegierung bei der Kindestötung notwendig auf einen Beteiligten beschränkt ist. Sie liegt dann vor, wenn zwar

1) So die Lösung in BGHSt. 23, 39, 40.

2) Vgl. oben H II 1 a (am Ende).

der Gehilfe, nicht aber der Täter allein aus der besonderen Motivation des § 216 StGB heraus handelt. Die Mordqualifikation des Täters braucht sich der Gehilfe nicht anrechnen zu lassen; er ist nach den §§ 216, 27, 28 Abs. 2 StGB nur wegen Beihilfe zur Tötung auf Verlangen zu bestrafen.

bb) Im Bereich des Entwurfs 1962 ist diese Kombination - neben vielen anderen - auch bei einer Kindestötung vorstellbar, z. B. in der Weise, daß die Kindsmutter mit "Überlegung" (§ 135 Abs. 2 Satz 1 E 62), der Teilnehmer aber aus "schuld mindernden Beweggründen" (§ 134 Abs. 3 E 62) handelt. Wegen § 33 Abs. 2 E 62 kann dem privilegierten Teilnehmer in jedem Falle nur Anstiftung oder Beihilfe zu demjenigen Delikt angelastet werden, dessen strafmilderndes besonderes persönliches Merkmal er selbst erfüllt hat.

cc) Im Rechtskreis des Alternativ-Entwurfs ergeben sich wiederum keine Abweichungen von diesem Prinzip. Privilegierte Teilnehmer können allenfalls nach den §§ 100 Abs. 3 Nr. 1 (2), 28 (29), 30 Abs. 2 AE bestraft werden.

2. Der Täter verwirklicht qualifizierende sachliche und privilegiierende besondere persönliche Merkmale

Selbst diese Verbindung kann für das geltende Recht nicht ausgeschlossen werden. Man wird allerdings zugeben müssen, daß eine Kindestötung mit einem gemeingefährlichen Mittel höchst unwahrscheinlich ist. Näher liegt wohl ein Zusammen treffen der gemeingefährlichen Begehungsweise mit der besonderen Motivation des Täters nach § 216 StGB. Feststeht jedenfalls, daß auch bei dieser Kombination die Bestrafung des Täters nur aus dem milderen Tatbestand des § 216 oder § 217 StGB erfolgen kann.¹

1) Nach der "Abwägungsmethode" wäre in diesen Fällen wohl aus § 211 StGB zu bestrafen. Vgl. dazu Fußn. 1 S. 116.

Im Bereich des Entwurfs 1962, der nur strafmodifizierende besondere persönliche Merkmale kennt, scheidet diese Fallvariante naturgemäß aus.

Die vorsätzlichen Tötungsdelikte des Alternativ-Entwurfs hingegen ermöglichen eine Vielzahl von Kombinationen qualifizierender sachlicher mit privilegierenden besonderen persönlichen Merkmalen. Zu beachten ist auch hier, daß nur bei dem Zusammentreffen der sachlichen Strafschärfungsgründe des § 100 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 AE mit dem Strafmilderungsgrund des § 100 Abs. 3 Nr. 2 AE die Täterin allein aus dem milderen Straftatbestand bestraft werden kann. Konkurrieren die genannten Qualifizierungen dagegen mit Merkmalen des § 100 Abs. 3 Nr. 1 AE, so ist die Täterstrafe aus § 100 Abs. 4 AE zu entnehmen.

a) Der Teilnehmer verwirklicht kein besonderes persönliches Merkmal

aa) Der nichtprivilegierte Teilnehmer kann sich wegen § 28 Abs. 2 StGB nicht auf den vom Täter verwirklichten Strafmilderungsgrund berufen. Die gemeingefährliche Begehungsweise des Täters muß er sich andererseits aber deshalb anrechnen lassen, weil rein sachliche Merkmale stets die streng akzessorische Behandlung zur Folge haben. Gemäß den §§ 211, 26 (27), 28 Abs. 2 StGB ist daher wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord zu bestrafen.

bb) Für den Rechtskreis des Alternativ-Entwurfs gilt wiederum Entsprechendes. Zu bestrafen ist wegen Anstiftung oder Beihilfe zur vorsätzlichen Tötung nach den §§ 100 Abs. 2 Nr. 1 (2, 3), 28 (29), 30 Abs. 2 AE.

b) Der Teilnehmer verwirklicht nur qualifizierende besondere persönliche Merkmale

aa) Handelt der Teilnehmer an einer gemeingefährlichen

Tötung auf Verlangen bzw. Kindestötung beispielsweise allein aus niedrigen Beweggründen, so ist er zunächst schon analog der eben besprochenen Fallvariante aus § 211 StGB zu bestrafen. § 28 Abs. 2 StGB bewirkt hier nicht nur die Eliminierung des beim Täter vorliegenden Strafmilderungsgrundes, sondern auch die Zurechnung des eigenen niedrigen Motivs. Formell hat der Teilnehmer daher zum gemeingefährlichen wie zum niedrig motivierten Mord angestiftet oder Beihilfe geleistet. Auf den Strafraum hat dies allerdings keine Auswirkungen.

Der Bundesgerichtshof könnte bei dieser Fallvariante mit der Rechtsfigur der "unechten Sonderdelikte" die Wirkung der §§ 216, 217 StGB auf die Person des Täters beschränken. Aufgrund der angeblich strafbegründenden Natur der Mordmerkmale könnte er aber - mangels Regelung dieser Konstellation in § 28 Abs. 1 StGB - das niedrige Motiv des Teilnehmers nur bei der Strafzumessung berücksichtigen.

bb) Im Bereich des Alternativ-Entwurfs ist diese Fallvariante entsprechend dem geltenden Recht zu lösen. Beim Täter vorliegende sachliche Qualifizierungen nach § 100 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 AE belasten den Teilnehmer schon aufgrund ihrer akzessorischen Wirkung. Eigene Qualifizierungen nach § 100 Abs. 2 Nr. 4 oder 5 AE sind wegen § 30 Abs. 2 AE zu berücksichtigen, Strafmilderungsgründe des Täters dürfen wegen § 30 Abs. 2 AE nicht berücksichtigt werden.

c) Der Teilnehmer verwirklicht nur privilegierende besondere persönliche Merkmale

aa) Im geltenden Recht ist diese Kombination beschränkt auf den Fall der Beihilfe zu einer gemeingefährlichen Tötung auf Verlangen. Entsprechend der Täterschaft ergibt

sich auch hier ein Konkurrenzverhältnis: Beihilfe zum Mord gemäß den §§ 211, 27 StGB und Beihilfe zur Tötung auf Verlangen nach den §§ 216, 27 StGB. Eine Bestrafung erfolgt nur aus dem milderem Straftatbestand.

bb) Die Tatbestände des Alternativ-Entwurfs ermöglichen dagegen selbst für den Teilnehmer mehrere Kombinationen. Eine Differenzierung ist jedoch notwendig. Keine systematische Abweichung gegenüber dem allgemeinen Prinzip ergibt sich für den Fall, daß beim Täter qualifizierende sachliche Merkmale nach § 100 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 AE mit Strafmilderungsgründen nach § 100 Abs. 3 Nr. 1 AE zusammentreffen, eine Teilnehmerin aber lediglich die Privilegierung des § 100 Abs. 3 Nr. 2 AE erfüllt. Hier löst die Sperrwirkung des milderem Tatbestandes das bei der Teilnehmerin entstehende Konkurrenzproblem. Verwirklicht dagegen ein Teilnehmer - gleichgültig in welcher Kombination beim Täter qualifizierende sachliche und privilegierende besondere persönliche Merkmale zusammentreffen - lediglich Strafmilderungsgründe nach § 100 Abs. 3 Nr. 1 AE, so ist wiederum die besondere Konkurrenzvorschrift des § 100 Abs. 4 AE zu beachten. Schuldspruch und Strafe des Teilnehmers ergeben sich dann aus den §§ 100 Abs. 2 Nr. 1 (2, 3), Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4, 28 (29), 30 Abs. 2 AE.

3. Der Täter verwirklicht privilegierende sachliche und sonstige strafmodifizierende Merkmale

Nur der Alternativ-Entwurf kennt in § 101 AE strafmildernde sachliche Merkmale. Konstellationen dieser Art sind also nur in seinem Rechtskreis möglich. Erfüllt ein Täter den Tatbestand des § 101 AE, so ist es gleichgültig, ob und welche strafmodifizierenden sachlichen oder besonderen persönlichen Merkmale er daneben noch

verwirklicht. Wegen der Sperrwirkung des milderer Tatbestandes kommt stets nur eine Bestrafung wegen Tötung auf Verlangen in Frage. Entsprechendes gilt für Teilnehmer. Bei allen denkbaren Kombinationen liegt, da sachliche Merkmale akzessorische Behandlung zur Folge haben, auch Anstiftung oder Beihilfe zur Tötung auf Verlangen vor. Weil diese in jedem Falle der mildeste Straftatbestand ist, bleiben sonstige Qualifikationen oder Privilegierungen in der Person des Teilnehmers ohne rechtliche Auswirkung.

4. Nur der Teilnehmer verwirklicht qualifizierende und privilegiierende besondere persönliche Merkmale

a) Wie bereits früher ausgesprochen, wird ein Täter, der trotz ernsthaften Verlangen des Opfers nicht aus diesem Grunde tötet, meist eine Mordqualifikation erfüllen. Dennoch mögen Fälle vorkommen, in denen er nur einen Totschlag begeht, der Teilnehmer aber nicht nur aus der besonderen Motivation des § 216 StGB heraus, sondern daneben aus Habgier oder sonstigen niedrigen Beweggründen handelt. Bei der Kindestötung ist diese Fallvariante immer dann erfüllt, wenn die uneheliche Mutter deswegen zur Tötung ihres Kindes anstiftet oder dabei hilft, weil sie einen mißlungenen, folgensweren Abtreibungsversuch vertuschen will, der Täter aber ausnahmsweise keine Mordmerkmale erfüllt. Beim Teilnehmer kommt es in diesen Fällen erneut zu einem Konkurrenzverhältnis: Anstiftung oder Beihilfe zum Mord nach den §§ 211, 26 (27), 28 Abs. 2 StGB und Anstiftung oder Beihilfe zur Tötung auf Verlangen bzw. Kindestötung nach den §§ 216 (217), 26 (27), 28 Abs. 2 StGB. Wegen der Sperrwirkung des milderer Tatbestandes erfolgt die Bestrafung nur aus letzterem.

b) Für den Bereich des Entwurfs 1962 gilt nichts anderes. Der privilegierte und qualifizierte Teilnehmer kann nur

aus dem mildereren Tatbestand bestraft werden, also allenfalls nach den §§ 134 Abs. 2 (134 Abs. 3, 136, 137), 30 (31), 33 Abs. 2 E 62.

c) Das Behandlungsschema hat Gültigkeit prinzipiell auch für den Alternativ-Entwurf. Eine Abweichung ergibt sich nur dann, wenn beim Teilnehmer die Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 Nr. 4 oder 5 AE mit jenen des § 100 Abs. 3 Nr. 1 AE zusammentreffen. In diesen Fällen ist die besondere Konkurrenzvorschrift des § 100 Abs. 4 AE zu beachten.

I. ZUSAMMENFASSUNG

Die Untersuchung der verschiedenen Fallvarianten auf der Basis der hier entwickelten Grundsätze und ihr Vergleich mit den Lösungswegen des Bundesgerichtshofs bestätigt zunächst eine seit langem erhobene Forderung: Die Rechtsprechung von der strafbegründenden Natur der Mordmerkmale sollte endlich aufgegeben werden; schon dieses würde konstruktive Ungerechtigkeiten bei der Teilnahme an den vorsätzlichen Tötungsdelikten weitgehend beseitigen. Da aber selbst bei Erfüllung dieser Forderung noch Fälle denkbar sind, in denen strafbegründende besondere persönliche Merkmale nur beim Teilnehmer vorliegen, ist insoweit eine gesetzliche Regelung notwendig. Sie könnte als Satz 2 dem § 28 Abs. 1 StGB beigelegt werden und etwa folgendermaßen lauten: "Liegen strafbegründende besondere persönliche Merkmale nur beim Teilnehmer vor, so bezieht dieser seine Strafe aus dem Strafgesetz, dessen Merkmal er verwirklicht hat."

Als weitere Erkenntnis kann festgehalten werden, daß bei Verwirklichung der janusköpfigen Mordmerkmale "heimtückisch" und "grausam" eine sachgerechte Lösung der Teilnahmeprobleme nur möglich ist, wenn sie in ihre sachlichen und persönlichen Komponenten aufgespalten werden und an dieser Aufspaltung auch konsequent festgehalten wird. Grundsätzlich ist jedoch zu sagen, daß Merkmale mit Doppelcharakter die Teilnahmeprobleme unnötig komplizieren. Bei einer künftigen Reform der Tötungsdelikte sollte deshalb darauf geachtet werden, wie im Entwurf 1962 und im Alternativ-Entwurf entweder nur rein sachliche oder aber rein persönliche Merkmale zu normieren. Überhaupt sollten bei den Tötungsdelikten, die immerhin das wertvollste Rechtsgut schützen und dementsprechend die strengsten Strafen aussprechen, die

Tatbestandsmerkmale mehr deskriptiver als normativer Art sein.

Letztlich ist festzustellen, daß auch hinsichtlich der §§ 216, 217 StGB die sogenannte Sonderdeliktstheorie die Lösung der Teilnahmeprobleme nur unnötig erschwert. Angesichts der Lehre von der Sperrwirkung des milderer Tatbestandes und der Regelung in § 28 Abs. 2 StGB fehlt ihr jegliche Berechtigung.

ANHANG

ENTWURF 1962 (Auszug)

§ 31 Beihilfe

(1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.

(2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Die Strafe ist nach § 64 Abs. 1 zu mildern.

§ 33 Besondere persönliche Merkmale

(1) Fehlen besondere persönliche Merkmale (§ 14 Abs. 1), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe nach § 64 Abs. 1 zu mildern.

(2) Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen.

§ 34 Selbständige Strafbarkeit des Beteiligten

Jeder Beteiligte wird ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld bestraft.

§ 134 Totschlag

(1) Wer einen anderen tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) Hat sich der Täter in einer begreiflichen heftigen Gemütsregung zu der Tat hinreißen lassen, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen Gefängnis von einem Jahr bis zu fünf Jahren.

(3) Wenn Mitleid, Verzweiflung oder andere Beweggründe, die den Täter zur Tat bestimmen, seine Schuld wesentlich mindern, so ist die Strafe Gefängnis nicht unter einem Jahr. Der Versuch ist strafbar.

§ 135 Mord

(1) Mit lebenslangem Zuchthaus wird bestraft, wer

1. aus Mordlust,
2. zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechts-
triebes,

- 3. aus Habgier oder
- 4. in der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen,
einen anderen tötet.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einen anderen mit Überlegung tötet. Die Tat ist jedoch als Totschlag nach § 134 Abs. 3 strafbar, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind.

§ 136 Kindestötung

(1) Eine Mutter, die ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, wird mit Gefängnis nicht unter einem Jahr bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 137 Tötung auf Verlangen

(1) Wer einen anderen tötet, weil er durch dessen ausdrückliches und ernsthaftes Verlangen dazu bestimmt worden ist, wird mit Gefängnis von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

ALTERNATIV-ENTWURF (Auszug)

§ 28 Anstiftung

(1) Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen Tat bestimmt.

(2) Die Strafe kann nach § 61 Abs. 1 gemildert werden.

§ 29 Beihilfe

(1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen Tat Hilfe leistet.

(2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 61 Abs. 1 zu mildern.

§ 30 Besondere persönliche Merkmale

(1) Fehlen besondere persönliche Merkmale, welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe nach § 61 Abs. 1 zu mildern.

(2) Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen.

§ 31 Selbständige Strafbarkeit des Beteiligten

Jeder Beteiligte wird ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld bestraft.

§ 100 Vorsätzliche Tötung

(1) Wer einen anderen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) Auf lebenslange Freiheitsstrafe kann erkannt werden, wenn der Täter

1. durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Menschen tötet,
2. durch die Tat das Leben weiterer Menschen unmittelbar gefährdet,
3. dem Opfer bei der Tat erhebliche körperliche oder seelische Qualen zufügt,
4. absichtlich und mutwillig handelt oder
5. zur Ermöglichung einer Straftat, zur Verdeckung einer Straftat auf Grund eines vor der Straftat gefaßten Entschlusses oder zur Erlangung eines Vermögensvorteils tötet.

(3) Auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren ist zu erkennen, wenn

1. die Schuld des Täters wegen seiner Beweggründe oder einer heftigen Gemütsregung erheblich gemindert ist oder
2. eine Frau ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet.

Der Versuch ist strafbar.

(4) Treffen die Voraussetzungen des Absatzes 2 und der Nr. 1 des Absatzes 3 zusammen, ist auf Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren zu erkennen.

§ 101 Tötung auf Verlangen

Wer einen anderen tötet, der es ernstlich verlangt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

L e b e n s l a u f

Am 22. September 1942 wurde ich in Ratzebuhr, Kreis Neustettin (Pommern), geboren. Mein Vater, Willi Teske, ist gelernter Maschinenschlosser, meine Mutter, Charlotte Teske, geb. Bahrke, Hausfrau.

Ab 1948 besuchte ich die Volksschule in Garching bei München und später in München selbst. Von 1953 an besuchte ich höhere Schulen: zunächst bis 1956 das Alte Realgymnasium München, dann für ein Jahr die Oberrealschule Bamberg und schließlich ab 1957 die Gisela-Oberrealschule München. An dieser legte ich 1963 das Abitur ab.

Dienst in der Bundeswehr folgte von Oktober 1963 bis September 1965.

Vom Wintersemester 1965 bis zum Sommersemester 1969 studierte ich Rechtswissenschaft an der Universität München. Im Dezember 1969 erhielt ich das Zeugnis über das Bestehen der ersten juristischen Staatsprüfung.

Von Februar 1970 bis zur zweiten Staatsprüfung im März 1973 absolvierte ich den juristischen Vorbereitungsdienst.

Seit April 1973 bin ich bei der Regierung der Oberpfalz in Regensburg tätig.

